





COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN.

Déposé conformément à la loi.

COURS ÉLÉMENTAIRE
DE
DROIT ROMAIN

CONTENANT

LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN,
AVEC L'HISTOIRE TANT EXTERNE QU'INTERNE DU DROIT
ROMAIN,

PAR

P. VAN WETTER,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME SECOND.



GAND,
H. HOSTE, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
rue des Champs, 47.

PARIS,
A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL,
rue Cujas, 9.

1872

GAND, IMP. C. ANNOOT-BRAECKMAN.

I. DES CONTRATS CONSENSUELS ET DES CONVENTIONS ANALOGUES.

A) DE LA VENTE.

I. de emtione et venditione 3, 25.

WESTPHAL. *Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf*, etc., p. 1-552. Leipzig, 1807.

KRITZ. *Das Pandiktenrecht*, 1^{re} partie, III, p. 1-594. Meissen, 1841.

TREITSCHKE. *Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, nach römischem Recht und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen*. Leipzig, 1866 (2^e édit. par Wengler; 1^{re} de 1858).

§ 226. *Notion et conditions.*

D. de contrahenda emtione, et de puctis inter emtorem et venditorem compositis, et quæ res venire non possunt 18, 1.

C. de contrahenda emtione et venditione 4, 38.

La vente (*emtio et venditio*) est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire avoir une chose à l'autre, moyennant la promesse réciproque d'une somme d'argent. Il est de l'essence de la vente que les parties contractent sur la propriété et se proposent de faire une aliénation⁽¹⁾; si elles ne contractaient que sur la simple jouissance, il y aurait louage de choses⁽²⁾. Mais le vendeur n'avait point dans la théorie romaine l'obligation propre et directe de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue; il ne devait lui en procurer que la paisible possession⁽³⁾; il était tenu moins *ad*

(1) SÉNÈQUE, *de benef.* V, 10; L. 63 i. f., L. 80, § 3 initio, D. h. t.

(2) L. 80, § 3 i. f., D. cit.

(3) L. 23, § 1, D. h. t.; L. 50, § 1, D. de A. E. et V. 19, 1, *vis venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut ejus faciat.*

dandum qu'ad tradendum (4). Cette règle, contraire à la nature de la vente, fut due vraisemblablement à la circonstance que les étrangers étant incapables d'avoir une propriété civile, eussent été privés du bénéfice du contrat de vente si celui-ci avait obligé à un transfert de propriété; or la vente qui est éminemment du droit des gens, devait être accessible aux étrangers (5). Une conséquence de ce système est que, dans le cas de vente de la chose d'autrui, l'acheteur ne peut agir en garantie contre le vendeur qu'après avoir été dépouillé de la chose achetée, car alors seulement le vendeur manque à son obligation (6). Les conditions requises pour la validité de la vente se rapportent, comme dans toute autre convention, à la capacité des parties contractantes, à l'objet et à la perfection du contrat.

I. DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES. En général, le vendeur doit avoir la capacité d'aliéner, puisqu'il s'agit de se dépouiller de la chose vendue, et l'acheteur celle de s'obliger, à cause des obligations qui lui incombent (7); mais il existe encore quelques incapacités spéciales :

1° Nul administrateur des biens d'autrui ne peut acheter les biens de son principal dont il a la gestion (8), ni par lui-même, ni par personnes interposées (9), afin que son devoir ne soit pas mis en conflit avec son intérêt (10).

2° Les fonctionnaires provinciaux ne peuvent faire des achats, dans la province où ils sont établis, que pour les besoins ordinaires de la vie (11), et les soldats sont incapables d'acquérir des immeubles

(4) L. 11, § 2 initio, D. de A. E. et V. 19, 1; L. 1, pr., D. de rer. permut. 19, 4, v^{is} venditori sufficit... possessionem tradere.

(5) MAYNZ, Cours de D. R. II, § 297, Observ. 1.

(6) L. 16, § 1, D. de evict. 21, 2. — T. I, § 217, I, B, 1^o, cf. 2^o et 3^o.

(7) T. I, § 203.

(8) L. 34, § 7, L. 46, D. h. t.; L. 10, C. de distract. pign. 8, 28, v^{is} Jure enim pignoris collusionem.

(9) L. 46 initio, D. h. t.; L. 3, § 3 et 6, D. de auctor. tut. 26, 8; L. 10, C. cit.

(10) Voyez cependant L. 46 i. f., D. h. t.; L. 3, § 2, 4, 5, D. de auctor. tut. 26, 8; L. 3, C. h. t.; L. 10, C. de distract. pign. 8, 28, v^{is} Sane si grave est.

(11) Cic., in Verrem IV, §; L. 62, pr., D. h. t.; L. 46, § 2, D. de jure fisci 49, 14; L. 6, § 3, D. de offic. procons. 1, 16, v^{is} Et quod victus quotidiani causa.

dans la province où ils tiennent garnison⁽¹²⁾, par crainte d'un abus d'autorité ou de la force⁽¹³⁾.

II. DE L'OBJET DE LA VENTE. Objectivement la vente suppose deux choses, une marchandise et un prix.

A) *De la marchandise.* Conformément aux principes généraux sur l'objet des conventions⁽¹⁴⁾, il est permis de vendre tout ce qui se trouve dans le commerce⁽¹⁵⁾, à moins qu'une disposition particulière de la loi n'en ait défendu l'aliénation⁽¹⁶⁾. Nous n'avons à nous occuper ici que de la vente de choses futures, laquelle comprend la vente d'une simple espérance (*emptio spei*)⁽¹⁷⁾ et la vente d'une chose future proprement dite (*emptio rei speratae*)⁽¹⁸⁾.

1^o Quels sont les effets respectifs de ces deux ventes? Toutes deux ont un caractère aléatoire, mais pas au même degré. L'*emptio spei* a pour objet une simple espérance, et à ce titre elle existe d'une manière absolue, quel que soit l'événement; l'acheteur doit en toute éventualité le prix convenu; il le doit, non-seulement quelle que soit la qualité des choses futures arrivées à l'existence, mais aussi quelle qu'en soit la quantité, et alors même que rien n'aurait été produit; le contrat est aléatoire sous le triple rapport de la qualité, de la quantité et de l'existence des choses futures⁽¹⁹⁾. Au contraire, l'*emptio rei speratae* porte sur la chose espérée elle-même, on y contracte en vue de cette chose, et non en vue d'une pure espérance; d'où il résulte que la vente n'existe et que le prix n'est dû que si quelque chose arrive à l'existence, et que même dans cette hypothèse le prix se proportionne à la quantité du produit; l'acheteur supporte seulement les risques de la qualité; ainsi l'*emptio rei speratae* est aléa-

(12) L. 62, pr., D. h. t.; L. 9, pr. initio, D. de re milit. 49, 16.

(13) Voyez cependant L. 62, pr. i. f., D. h. t.; L. 9, pr. i. f. et § 1, D. de re milit. 49, 16. — Voyez encore L. 3, C. de comm. 4, 63.

(14) T. I, § 206 et surtout le n° IV.

(15) § 3, I. h. t.; L. 34, § 1, D. h. t.; L. 6, pr., L. 73, pr., D. h. t.

(16) T. I, § 127, et L. 1, L. 3, L. 4, C. quæ res venire non poss. 4, 40.

(17) L. 8, § 1, D. h. t. — (18) L. 8, pr., D. h. t.

(19) L. 8, § 1, D. h. t.; L. 11, § 18, D. de A. E. et V. 19, 1, v^h veluti quum..... necesse habebit; L. 11, D. de H. v. A. V. 18, 4.

toire au point de vue de la qualité, mais non de la quantité ou de l'existence du produit⁽²⁰⁾.

2° Quand la vente de choses futures doit-elle être réputée une *emptio spei* ou une *emptio rei speratæ*? Tout dépend évidemment de l'intention des parties, et dans le doute cette intention nous paraît devoir être interprétée comme suit, d'après la manière dont la vente a été conclue : il faut admettre une *emptio spei* s'il a été vendu une masse entière de choses futures pour un prix unique (*per aversionem*), une *emptio rei speratæ* dans tous les autres cas, que l'on ait vendu une masse de choses futures à tant l'unité de nombre, de poids ou de mesure, ou bien une quantité déterminée de choses futures, soit de la même manière, soit pour un prix unique⁽²¹⁾. En opposition avec cette doctrine, des auteurs nombreux considèrent la vente comme une *emptio spei* ou une *emptio rei speratæ*, selon que l'existence des choses futures dépend du hasard ou est conforme au cours ordinaire des événements⁽²²⁾; mais cette opinion, quelque répandue qu'elle soit, ne repose sur aucun motif plausible.

B) *Du prix*. Le prix dans la vente doit réunir trois caractères : consister en argent monnayé, être sérieux et certain.

1° Le prix doit consister en argent monnayé⁽²³⁾, sinon il y a échange⁽²⁴⁾, et ce contrat s'écarte sous plusieurs rapports de la théorie de la vente⁽²⁵⁾. A la vérité à Rome, les Sabiniens enseignaient que le prix de vente pouvait consister en toute espèce de choses, doctrine qui avait pour résultat de faire rentrer l'échange dans la vente; mais l'opinion contraire des Proculéens l'emporta⁽²⁶⁾. L'on ne doit pas en conclure que le vendeur ne puisse, sans

(20) L. 39, § 1, D. h. t.

(21) MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* II, § 590, note 7. — NAMER, *Institutes* I, § 213, 4°. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 652, *Ann.*, n° I, 1° i. f.

(22) GOESCHEN, *Vorles.* II (2), § 493, II, 1° i. f. — UNTERHOLZNER, l. c. II, § 442, I, 1°, B. — KNITZ, l. c. p. 592-594. — SCHILLING, *Lehrb.* III, § 289 i. f. — SIXTENS, *Civilrecht* II, § 116, III, 1°. — Cf. MOLITOR, l. c. I, n° 373 et MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 294, p. 178. — (23) § 2 initio, I. h. t.

(24) L. 5, § 1 initio, D. de præscr. verb. 19, 3; L. 7, C. de rer. permut. 4, 64.

(25) *Infra* § 264.

(26) GAIUS, III, 141; § 2, I. h. t.; L. 1, § 1, D. h. t.; L. 7, C. de rer. permut. 4, 64.

transformer la vente en échange, stipuler accessoirement au numéraire certaines autres choses, l'accessoire étant sans influence sur le principal⁽²⁷⁾; de même la vente subsiste bien que le vendeur accepte une dation en paiement où le prix en argent est remplacé par d'autres objets, car le contrat de vente une fois parvenu à l'existence, ne saurait changer de caractère dans la suite à cause de son mode d'exécution⁽²⁸⁾.

2° Le prix doit être sérieux (*verum*), c'est-à-dire que le vendeur doit l'avoir stipulé dans l'intention de le réclamer⁽²⁹⁾, intention qui n'existe pas si le prix est dérisoire⁽³⁰⁾; il y a alors donation plutôt que vente, d'après la volonté réelle des parties contractantes. Mais il n'est nullement nécessaire que le prix réponde à la valeur véritable de la chose vendue, ni même qu'il atteigne la moitié de cette valeur, en d'autres termes il n'est pas besoin d'un prix juste; seulement, si le vendeur, en aliénant sa chose à vil prix, a voulu avantager l'acheteur (vente dite *gracieuse*), le contrat, tout en constituant une vente, renferme implicitement une libéralité, et à ce titre n'est valable que pour autant que les parties soient capables de donner et de recevoir⁽³¹⁾; d'un autre côté, le vendeur qui n'a pas eu l'intention d'avantager l'acheteur, peut, s'il a vendu la chose au-dessous de la moitié de sa valeur, provoquer la rescision du marché⁽³²⁾.

3° Le prix doit être certain : le contrat lui-même doit le déterminer ou du moins contenir des éléments suffisants de détermination, par application d'une règle générale sur les conventions⁽³³⁾.

III. DE LA PERFECTION DE LA VENTE. La vente est un contrat consensuel et partant n'exige pour sa perfection que le simple con-

(27) L. 79, D. h. t.; L. 6, § 1-2, L. 21, § 4, D. de A. E. et V. 19, 1.

(28) L. 9, C. de rescind. vendit. 4, 44; L. 4, C. de evict. 8, 43.

(29) L. 36, D. h. t.; L. 6, D. pro don. 41, 6; L. 3 initio, L. 9 i. f., C. h. t.

(30) Arg. L. 46, D. loc. 19, 2.

(31) L. 38, D. h. t.; L. 5, § 5 initio, cf. i. f., D. de donat. inter V. et U. 24, 1.

(32) L. 2, L. 8, C. de rescind. vend. 4, 44. — T. I, § 219, I, A et II.

(33) § 1, I. h. t.; L. 7, § 1-2, L. 37, D. h. t.; L. 25, pr., D. loc. 19, 2; L. 15, C. h. t. — T. I, § 206, II.

seulement des parties⁽⁵⁴⁾. En général, on ne vend et n'achète que de son libre mouvement⁽⁵⁵⁾; par dérogation à cette règle :

1° L'on peut être exproprié pour cause d'utilité publique, moyennant indemnité⁽⁵⁶⁾.

2° Le propriétaire d'un héritage enclavé peut réclamer à prix d'argent une servitude de passage de son voisin⁽⁵⁷⁾.

3° Un créancier hypothécaire peut se faire subroger aux droits d'un autre qui a une hypothèque supérieure sur la même chose, en lui remboursant sa créance⁽⁵⁸⁾.

4° Le maître d'un esclave peut être contraint de le vendre s'il le traite avec cruauté⁽⁵⁹⁾, et dans le cas où un esclave appartient à plusieurs maîtres, si l'un d'eux veut lui donner la liberté, les autres sont tenus d'accepter l'estimation de leurs quote-parts domini-cales⁽⁴⁰⁾.

5° Enfin, celui qui a déposé des dépouilles mortelles sur le terrain d'autrui et se refuse à en faire l'enlèvement, est tenu de payer le lieu de sépulture, dont il devient ainsi acquéreur forcé⁽⁴¹⁾.

§ 227. *Effets de la vente.*

D. de actionibus emti et venditi 19, 1; *C. eodem* 4, 49.

La vente est un contrat synallagmatique parfait, obligeant nécessairement les deux parties. De là deux actions, l'action *venditi* pour le vendeur et l'action *emti* pour l'acheteur.

I. *Des obligations du vendeur.* A) L'obligation essentielle du ven-

(54) *Pr. initio*, I. h. t.; L. 1, § 2, D. h. t. — (55) L. 11, L. 13, C. h. t.

(56) L. 13, § 1, D. *comm. præd.* 8, 4; *FROSTINUS, de aqueductibus* 123 et 128; L. un., C. *ut nem. lic. in coempt. specierum se excusare* 10, 27.

(57) *SICULUS FLACCUS, de condit. agror.* p. 9 (édition GORS); L. 14, § 1, D. *quemadm. serv. amitt.* 8, 6; L. 12, pr., D. *de relig.* 11, 7. — T. I, § 126, I, F, 1^o.

(58) L. 11, § 4, L. 19, D. *qui potiores* 20, 4. — T. I, § 168, II, 1^o.

(59) § 2, I. *de iis, qui sui, v. al. jur. sunt* 1, 8; L. 2, D. *cod.* 1, 6.

(40) § 4, I. *de donat.* 2, 7; L. 16, D. *de secto Silan.* 29, 5; L. 1, C. *de comm. servo manum.* 7, 7. — T. II, § 301^{bis}, II et III.

(41) L. 7, pr., D. *de relig.* 11, 7. — T. I, § 73, I, D, 2^o, b.

deur consiste à livrer à l'acheteur la libre possession (*vacua possessio*) de la chose vendue⁽¹⁾, avec tous ses accessoires⁽²⁾. Parmi ceux-ci il suffira de relever les titres relatifs à la chose⁽³⁾, qu'au besoin le vendeur doit compléter par des renseignements oraux⁽⁴⁾, puis les actions de nature diverse qui lui appartiennent par rapport à la chose, et qu'il est obligé de céder à l'acheteur⁽⁵⁾.

B) Le vendeur doit garantir l'acheteur contre l'éviction et les vices cachés⁽⁶⁾.

C) Et veiller jusqu'à la tradition à la garde et à la conservation de la chose⁽⁷⁾.

II. *Des obligations de l'acheteur.* A) L'acheteur a pour obligation principale de payer le prix convenu⁽⁸⁾. Il en doit les intérêts dans trois hypothèses :

1° S'il a été fait une convention expresse à cet égard⁽⁹⁾.

2° Si l'acheteur a été mis en demeure d'acquitter le prix⁽¹⁰⁾.

3° A partir de la tradition de la chose vendue; l'acheteur ayant dès ce moment tous les avantages de la chose, la justice commande que de son côté il fasse jouir le vendeur du prix⁽¹¹⁾.

B) L'acheteur doit indemniser le vendeur de toutes les impenses légitimes faites à la chose depuis l'époque de la vente⁽¹²⁾.

(1) L. 11, § 2 initio, D. h. t.; L. 2, § 1, L. 3, pr., D. eod.

(2) L. 13, § 51, L. 14-18, L. 38, § 2, L. 32, § 3, D. h. t.; L. 40, § 5-6, L. 47-49, D. de contr. emt. 18, 1; L. 7, pr., D. de P. et C. R. V. 18, 6. — Vatic. fragm. 2 i. f.; L. 16 initio, C. h. t.; L. 15, § 40, 43, 46, cf. 44, D. h. t. — T. 1, § 81.

(3) L. 48, L. 52, pr., D. h. t.

(4) L. 48, D. h. t.; L. 53, § 8, L. 63, § 1, D. de contr. emt. 18, 1. — L. 66, § 1, D. eod.

(5) § 3 i. f., 1. h. t.; L. 33, § 4 i. f., D. de contr. emt. 18, 1; L. 13, § 12, L. 51, pr., D. h. t.; L. 14, pr., D. de furt. 47, 2. — (6) T. 1, § 217-218.

(7) L. 3, D. de P. et C. R. V. 18, 6; L. 36, L. 34, pr., D. h. t. — T. 1, § 194.

(8) L. 13, § 20 initio, D. h. t.

(9) L. 5 initio, C. de pact. inter emt. et vendit. compos. 4, 34.

(10) L. 19, D. de P. et C. R. V. 18, 6; L. 13 i. f., C. h. t.; L. 5 i. f., C. de pact. inter emt. et vendit. compos. 4, 34.

(11) Pact. II, 17, § 9; Vatic. fragm. 2 initio; L. 13, § 20 i. f., D. h. t.; L. 18, § 1, D. de usur. 22, 1; L. 2, C. de usur. 4, 52; L. 5, C. h. t.

(12) L. 15, § 22, L. 38, § 1, D. h. t.; L. 16 i. f., C. h. t.

C) Enfin, il est tenu de pourvoir à la garde et à la conservation de la chose achetée, pour le cas d'une restitution à faire au vendeur⁽¹³⁾.

§ 227^{bis}. *De quelques espèces particulières de ventes.*

I. *De la vente d'après échantillon.* C'est une vente tout à fait ordinaire ; la circonstance qu'elle s'est conclue d'après échantillon n'a d'autre portée que d'obliger le vendeur à garantir la conformité de ses fournitures à l'échantillon sur lequel l'acheteur a contracté ; il y a vente avec une qualité promise⁽¹⁾.

II. *De la vente à l'essai ou moyennant dégustation*⁽²⁾. Une telle vente est conditionnelle, elle est subordonnée à l'agrément des marchandises après l'essai ou la dégustation, et la condition est suspensive ou résolutoire suivant la volonté des parties⁽³⁾, mais dans le doute la condition suspensive répond le mieux à la nature de la clause⁽⁴⁾ ; au reste, la faculté d'essayer ou de déguster n'appartient à l'acheteur qu'en vertu d'une réserve expresse ou tacite clairement établie, car elle déroge au droit commun de la vente. Une question délicate est celle de savoir si dans la vente à l'essai ou sous condition de dégustation, on doit exclusivement s'en rapporter au jugement personnel de l'acheteur ou bien au jugement général, à un *boni viri arbitrium* : à notre avis, c'est là une question d'intention et de circonstances, qu'il est impossible d'assujettir à des règles juridiques ; nous repoussons donc l'opinion de nos interprètes modernes qui ont l'habitude de se prononcer a priori dans un sens ou dans l'autre ; tandis que

(13) L. 51, § 11-12, D. de *ædil. ed.* 21, 1 ; L. 14, § 1, D. de *in diem addict.* 18, 2.

(1) Cf. T. I, § 218, II, B, 2^o.

(2) GOLDSCHMIDT, *Zeitschrift für Handelsrecht* I, p. 66 sq., p. 262 sq., p. 586 sq. (1858). — UNGER, *eod.* III, p. 586 sq. (1860). — FITTING, *eod.* II, p. 203 sq. (1839), V, p. 79 sq. (1862), et *Civil archiv* XLVI, p. 257 sq. (1865).

(3) L. 20, § 1, D. de *præscr. verb.* 19, 3 ; § 4, I. h. t. ; L. 3, D. de *contr. emt.* 18, 1 ; L. 6, D. de *rescind. vend.* 18, 5.

(4) VANGEROW, *Lehrb.* III, § 653, *Anm.*, n^o II, B. — Cf. WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 587, note 8.

pour le vin l'opinion commune exige l'arbitrage d'un tiers⁽⁵⁾, elle s'en rapporte à l'appréciation personnelle de l'acheteur pour toutes les autres choses⁽⁶⁾. Remarquons encore que le vendeur est libre de stipuler à l'avance une rémunération pour l'usage de sa chose, si l'acheteur venait à la refuser⁽⁷⁾, et lorsqu'il s'agit d'une dégustation, une indemnité est due de plein droit à raison de ce qui a été consommé.

III. *De la vente aux enchères (auctio, subhastatio)*⁽⁸⁾. Elle est à tous égards soumise à la théorie générale de la vente; elle se parfait par le consentement des parties, donc à l'instant de l'adjudication faite au plus haut enchérisseur, et engendre tous les effets ordinaires sans aucune exception⁽⁹⁾. Généralement facultative, la vente aux enchères devient obligatoire dans les trois cas suivants :

1° Pour les biens des communes⁽¹⁰⁾ et des établissements de bienfaisance⁽¹¹⁾.

2° Pour les biens saisis sur un débiteur condamné⁽¹²⁾.

3° Pour les biens des débiteurs du fisc⁽¹³⁾.

(5) GOLDSCHMIDT, l. c. p. 73 sq. — FITTING, *Civil Archiv* XLVI, p. 241. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 653, *Ann.*, n° II, A, 1°. — Cf. ARNDTS, *Lehrb.* § 501, *Ann.* 2 et WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 387, note 6.

(6) GOLDSCHMIDT, l. c. p. 117 sq. — FITTING, l. c. II, p. 223 sq., V, p. 90 sq. — ARNDTS, *Lehrb.* § 501, *Ann.* 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 387. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 653, *Ann.*, n° II, B. — Contra UNGER, l. c. p. 407 sq.

(7) L. 20, § 1 initio, D. de præscr. verb. 19, 3.

(8) SEUFFERT (E. A.). *De auctione*. Munich, 1854. — KINDERVATER, *Jahrb. für die Dogmatik* VII, p. 1 sq., p. 356 sq. (1863). — IHERING, *cod.* VII, p. 166 sq., p. 376 sq. (1863). — UNGER, *cod.* VIII, p. 154 sq. (1866). — REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen* I, p. 162 sq. (1868). — (9) VANGEROW, *Lehrb.* III, § 656, *Ann.*

(10) L. 3, C. de vend. reb. civit. 11, 51. — (11) Nov. 120, c. 6, § 2.

(12) L. 3, C. de exsec. rei judic. 7, 33.

(13) L. 16, C. de rescind. vendit. 4, 44; L. 1, L. 2, L. 6, C. de fide et jure hantæ fise. 10, 5.

B) DU LOUAGE.

I. de locatione et conductione 3, 24; D. locati, conducti 19, 2; C. de locato et conducto 4, 63.

KRITZ. *Das Pandektenrecht*, 1^{re} partie, II, p. 191-333. Meissen, 1837.

HERMANN. *Der Miethvertrag hauptsächlich in Beziehung auf Wohnungen*. Dresde, 1840.

WEISKE's *Rechtslexikon* VII, p. 733-857 (1847).

§ 228. Notion et espèces.

Le louage (*locatio et conductio*) est un contrat par lequel on s'engage, contre la promesse d'une somme d'argent, à fournir à quelqu'un la jouissance d'une chose ou bien des services; celui qui donne en location sa chose ou son travail, s'appelle bailleur (*locator*), et celui qui reçoit en location, preneur (*conductor*). La définition du louage en indique déjà les deux espèces principales, qui sont le louage de choses (*locatio conductio rerum*) et le louage de services (*locatio conductio operarum*)⁽¹⁾. Le louage de choses comprend surtout le bail à loyer d'une maison, où le preneur prend le titre de locataire (*inquilinus, habitator, insularius*)⁽²⁾, et le bail à ferme des biens ruraux, où il se nomme fermier (*colonus*)⁽³⁾. De son côté, le louage de services a pour objet soit des services en général, soit un ouvrage déterminé, et dans ce dernier cas on parle d'entreprise, de devis, de marché (*locatio conductio operis*)⁽⁴⁾; on y constate ce singulier phénomène de langage que la terminologie usuelle des Romains pour désigner les deux parties contractantes se trouve intervertie : le maître de l'ouvrage s'appelle *locator*, parce qu'il donne l'ouvrage à exécuter⁽⁵⁾, et l'entrepreneur *conductor*⁽⁶⁾, encore *redemptor*⁽⁷⁾, parce qu'il le reçoit.

(1) § 2 i. f., I. *quib. mod. re contr. oblig.* 3, 14; § 4 i. f., I. *h. t.*; L. 22, § 1, D. *h. t.*

(2) L. 19, § 4-5, L. 27, pr., D. *h. t.*; L. 4, D. *de offic. præf. vigil.* 1, 13.

(3) L. 3, L. 13, § 2, 4 et 7, D. *h. t.*

(4) L. 4, pr. i. f., D. *de usu et habit.* 7, 8; L. 5, § 1, D. *de V. S.* 50, 16; L. 2, § 1 i. f., L. 9, § 3, L. 11, § 3, L. 13, § 6, L. 19, § 7, D. *h. t.*

(5) L. 11, § 5 i. f., L. 29, L. 31 i. f., L. 56, D. *h. t.*

(6) L. 11, § 5 i. f., L. 31, L. 56, D. *h. t.*

(7) L. 29, L. 31, § 1, D. *h. t.*; Festus, *vo Redemptores*.

DU LOUAGE DE CHOSSES.

§ 229. Conditions.

Le louage de choses exige des conditions entièrement analogues à celles de la vente.

I. Quant à la capacité des parties contractantes, toutes deux doivent être capables de s'obliger, à cause des obligations réciproques naissant du louage⁽¹⁾.

II. Quant à l'objet du contrat : 1° Il est permis de donner en location toute espèce de choses dans le commerce⁽²⁾. Il n'y a exception que pour les choses consommables, dont il est impossible de se servir sans les consommer et partant sans se mettre dans l'impuissance de les restituer en nature, comme le veut la théorie du louage, à moins qu'il ne s'agisse de les louer seulement pour la montre ou l'exhibition (*ad pompam vel ostentationem*), usage qui n'en entraîne pas la consommation⁽³⁾; en dehors de ce cas, les choses consommables font l'objet d'un *mutuum*⁽⁴⁾.

2° Le louage de choses suppose un prix en monnaie⁽⁵⁾, sérieux⁽⁶⁾ et certain⁽⁷⁾. Toutefois le bailleur d'un bien rural peut stipuler, au lieu d'une somme d'argent, soit une quantité déterminée de fruits⁽⁸⁾, soit une quote-part de la récolte⁽⁹⁾; cette dernière espèce, connue sous le nom de *colonat partiaire*, ressemble à la société en ce que les chances de la récolte se partagent entre le bailleur et le colon partiaire⁽¹⁰⁾, mais elle n'en constitue pas moins un louage véritable,

(1) T. I, § 203. — Voyez des incapacités spéciales dans les L. 49, D. h. t., ebn. avec L. 1, § 9-12, D. de lege Corn. de fals. 48, 10; L. un., C. ne tutor v. cur. vectig. conduc. 3, 41. — L. 51, l. 53, C. h. t. — Nov. 125, c. 6.

(2) § 3 i. f., I. h. t.; Vatic. fragm. 41; § 1 i. f. et 3 i. f., I. de usu et habit. 2, 3; Cf. L. 44, D. h. t. — (3) Arg. L. 5, § 6, D. commod. 13, 6.

(4) Arg. pr., I. quib. mod. re contr. oblig. 3, 14.

(5) L. 23, § 6 i. f., D. h. t. — (6) L. 20, § 1, L. 46, D. h. t.

(7) GAUS, III, 142; L. 32, pr. i. f., D. de donat. inter. V. et U. 24, 1.

(8) L. 19, § 5, D. h. t.; L. 8, L. 18, C. h. t.

(9) L. 23, § 6 i. f., D. h. t.; L. 21, C. h. t. — (10) L. 23, § 6 i. f., D. h. t..

qui se transmet aux héritiers des parties ; il n'y aurait société que si l'intention des contractants était de réaliser un bénéfice en commun⁽¹¹⁾.

III. Quant à la perfection du louage, le seul consentement des parties suffit⁽¹²⁾.

§ 230. Effets du louage de choses.

Le louage de choses, comme contrat synallagmatique parfait, oblige nécessairement les deux parties ; du chef de ces obligations, le bailleur dispose de l'action *locati*, et le preneur de l'action *conducti*⁽¹⁾.

I. *Des obligations du bailleur.* A) Avant tout le bailleur doit livrer au preneur la chose louée⁽²⁾, avec ses accessoires⁽³⁾.

B) Il doit tant que dure le bail faire jouir paisiblement le preneur⁽⁴⁾. En conséquence :

1° Il est tenu d'entretenir la chose en bon état, en y faisant toutes les réparations reconnues nécessaires⁽⁵⁾ ; seules les réparations de menu-entretien sont à la charge du preneur, parce qu'elles sont une suite de sa jouissance⁽⁶⁾, et pour ce motif on les appelle réparations locatives. En cas de refus ou de négligence du bailleur à faire les réparations qui lui incombent, le preneur est autorisé à les faire lui-même aux frais du bailleur⁽⁷⁾.

2° Le bailleur est soumis à la garantie à raison de l'éviction qui frappe⁽⁸⁾ et des vices cachés qui infectent la chose louée⁽⁹⁾, d'après les principes généraux sur ces matières⁽¹⁰⁾ ; néanmoins, dans le cas

(11) L. 32, § 2, D. *pro socio* 17, 2, *vis veluti quum... agrum politori damus in commune querendis fructibus*, cbn. avec L. 32, § 3 i. f., D. *cod.*

(12) Pr., l. h. t. ; L. 1, L. 2, pr., D. h. t.

(1) Pr. i. f., l. h. t. — (2) L. 13, § 1 initio, D. h. t. — (3) L. 19, § 2, D. h. t.

(4) L. 13, § 1 et 2 i. f., D. h. t.

(5) L. 13, § 1, L. 19, § 2, L. 23, § 2 i. f., D. h. t. ; L. 13, § 6, D. *de damno inf.* 39, 2.

(6) Arg. PAUL, II, 18, § 2 ; L. 11, § 2, L. 23, § 3 i. f., D. h. t.

(7) L. 33, § 1, L. 61, pr., D. h. t. — (8) L. 7, L. 8, L. 9, pr. initio, L. 13, § 8, D. h. t.

(9) L. 6, § 4 i. f., D. *de A. E. et V.* 19, 1 ; L. 19, § 1 initio, D. h. t. — *Non obstat* L. 19, § 1 i. f., D. cit., où il s'agit d'un dommage qu'on ne pouvait prévoir si on était de bonne foi (T. I, § 193, II, A i. f.). — (10) T. I, § 217-218.

d'éviction, le bailleur de bonne foi jouit de la faculté de se soustraire aux effets ordinaires de la garantie, en fournissant au preneur une autre chose présentant les mêmes avantages que l'ancienne⁽¹¹⁾. *Quid* si dans le cours du bail le bailleur aliène la chose louée ? L'acheteur a certainement le droit d'expulser le preneur, vente passe louage ; en effet, le preneur n'a qu'un droit de créance vis-à-vis du bailleur, et non un droit réel sur la chose louée ; il est donc sans défense à l'égard de l'acheteur devenu propriétaire de la chose, il doit se contenter d'un simple recours en dommages et intérêts contre son bailleur⁽¹²⁾. Il y a plus : si l'acheteur voulait respecter le bail, il serait sans action contre le preneur puisque celui-ci n'a pris aucun engagement envers lui. Dans cet état de choses, la prudence commande au bailleur qui désire se soustraire à un recours en garantie de son preneur, de réserver dans l'acte de vente les droits de ce dernier, en cédant d'autre part l'acheteur ses droits naissant du bail⁽¹³⁾.

C) Le bailleur supporte toutes les charges publiques qui frappent la propriété de la chose louée⁽¹⁴⁾.

D) S'il s'agit d'une maison, il doit, le bail terminé et le locataire ayant satisfait à ses obligations, le laisser déménager⁽¹⁵⁾, sinon il est soumis à l'interdit de *migrando*⁽¹⁶⁾ ou à une *cognitio extraordinaria*⁽¹⁷⁾.

II. *Des obligations du preneur.* A) En premier lieu le preneur est tenu de payer le prix convenu, soit aux époques fixées par le contrat, soit périodiquement à la fin du terme pour lequel le prix a été stipulé, ou s'il s'agit d'un prix global, à l'expiration du bail⁽¹⁸⁾ ; le paiement du prix est subordonné à la jouissance et ne doit se faire qu'après

(11) L. 9, pr. i. f., D. h. t.

(12) L. 9 initio, C. h. t. ; L. 52, D. h. t., v^o *Quodsi colonus*.....

(13) L. 9 i. f., C. cit. ; L. 23, § 1, L. 58, pr., D. h. t.

(14) L. 7, pr., D. de public. 39, 4 ; L. 52, § 6, D. de A. T. 26, 7 ; L. un., § 3, D. de vin publ. 43, 10 ; L. 5, § 13-14, D. de muner. 50, 4.

(15) L. 11, C. h. t. ; L. 55-54, D. de damno inf. 59, 2.

(16) L. 1, pr., § 1, L. 2, D. de migr. 43, 52.

(17) L. 1, § 2, D. eod. ; Cf. L. 53, D. de damno inf. 59, 2.

(18) Arg. L. 24, § 2, D. h. t.

elle. L'habitude romaine était de payer les fermages annuellement⁽¹⁹⁾ et les loyers par semestre⁽²⁰⁾.

B) Le preneur doit jouir de la chose de la manière convenue⁽²¹⁾, ou bien d'après sa destination naturelle⁽²²⁾; s'il l'emploie à un usage non autorisé, il s'expose à répondre des cas fortuits, car ceux-ci sont le résultat de sa faute⁽²³⁾. Il est pareillement tenu des réparations de menu-entretien⁽²⁴⁾, et doit veiller à la garde et à la conservation de la chose louée⁽²⁵⁾, d'où il résulte qu'il ne pourrait l'abandonner⁽²⁶⁾, à moins que la jouissance n'en fût devenue impossible ou dangereuse⁽²⁷⁾. Mais le preneur a, sauf convention contraire, la faculté de sous-louer la chose, en tout ou en partie; en effet, le droit à la jouissance n'ayant rien de personnel pour son titulaire, doit être cessible comme tout autre⁽²⁸⁾. D'ailleurs une pareille sous-location étant une *res inter alios acta*, ne dégage point le preneur de ses obligations envers le bailleur; au contraire, le bailleur acquiert une action contre le sous-locataire pour le prix de la sous-location non encore payé jusqu'à concurrence du prix du bail principal; créancier du preneur originaire, il exerce les actions de ce dernier contre le sous-locataire, qui est censé avoir pris, lors de son entrée en jouissance, un engagement tacite en ce sens⁽²⁹⁾.

C) A la fin du bail, le preneur doit restituer au bailleur la chose louée⁽³⁰⁾, sans pouvoir s'y refuser à raison d'un droit qu'il aurait sur elle, alors même que ce droit serait la propriété; il doit avant tout exécuter le contrat, sauf à revendiquer ensuite⁽³¹⁾. Cependant, le preneur serait autorisé à retenir la chose s'il établissait qu'il

(19) Arg. THÉOPHILE, § 5, I. h. t. — (20) Arg. L. 1, § 4, D. de migr. 45, 52.

(21) § 3 initio, I. h. t.; L. 11, § 1 et 4, L. 25, § 3 initio, L. 29, L. 50, § 2, D. h. t.

(22) § 3 initio, I. h. t.; L. 25, § 5 et 5, D. h. t. — L. 48, § 4, D. de furt. 47, 2.

(23) L. 11, § 1 et 4, L. 15, § 5, D. h. t.; Cf. L. 48, § 4, D. de furt. 47, 2.

(24) Arg. PAUL, II, 18, § 2; L. 11, § 2, L. 25, § 5 i. f., D. h. t. (Voyez I, B, 1^o du présent paragraphe). — (25) § 3 i. f., I. h. t.; L. 11, § 2, L. 25, § 5, D. h. t.

(26) L. 15, § 7, L. 24, § 2-5, L. 53, § 2, D. h. t.

(27) L. 25, § 2, L. 27, D. h. t.; L. 28, L. 53, D. de damno inf. 39, 2; Cf. L. 55, § 2 i. f., D. h. t. — (28) L. 60, pr. initio, D. h. t.; L. 6, C. h. t.

(29) L. 11, § 3, D. de P. A. 15, 7; L. 24, § 1, D. h. t.

(30) L. 48, § 1, D. h. t.; L. 53, C. h. t.; L. 10, C. unde vi 8, 4. — (31) L. 25, C. h. t.

en était propriétaire dès l'époque du contrat, car alors le bail serait nul, puisqu'on ne peut prendre en location sa propre chose⁽⁵²⁾; il en serait de même si le preneur avait contre le bailleur une créance réciproque naissant du bail⁽⁵³⁾.

En garantie de ces obligations du preneur, le bailleur d'une maison jouit d'une hypothèque légale sur le mobilier du locataire (*invecta et illata*)⁽⁵⁴⁾, et pour ses droits contre le sous-locataire, sur les meubles de ce dernier⁽⁵⁵⁾; de son côté, le bailleur d'un bien rural a une hypothèque légale sur les fruits du fonds perçus par le fermier⁽⁵⁶⁾.

§ 251. De la fin du louage de choses.

Sept causes peuvent mettre fin au louage de choses, ce sont :

1° La perte totale de la chose louée, puisqu'elle laisse le bail sans objet⁽¹⁾; il faut lui assimiler la perte partielle et toutes autres circonstances, quand elles sont de nature à rendre la jouissance impossible⁽²⁾.

2° La confusion, c'est-à-dire la réunion sur la même tête des qualités de bailleur et de preneur.

3° L'acquisition de la chose louée par le preneur, car on ne peut tenir en bail sa propre chose⁽³⁾.

4° L'arrivée du terme convenu⁽⁴⁾, ordinairement cinq ans à Rome, du moins pour les baux à ferme⁽⁵⁾. Mais les parties sont libres de

(52) L. 20, C. h. t. — (53) L. 61, pr., D. h. t.

(54) L. 4, pr., D. de pact. 2, 14; L. 2, L. 4, pr., D. in quib. caus. pign. v. hyp. tac. contr. 20, 2; Cf. L. 11, § 2, D. qui potiores 20, 4 et L. 3, C. in quib. caus. pign. 8, 13.

(55) L. 11, § 5, D. de P. A. 13, 7; Cf. L. 3, pr., D. in quib. caus. pign. 20, 2.

(56) L. 7, pr., cf. L. 4, pr. i. f., D. eod.

(1) L. 9, § 1 et 4, L. 19, § 6 initio, L. 50, pr., § 1, D. h. t.

(2) L. 50, pr., L. 53, pr. initio, D. h. t. — Cf. L. 3, C. h. t., *ut nisi propriis usibus dominus eam (diatam) necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit.* — T. I, § 196, II. — (3) L. 9, § 6, L. 10, D. h. t.

(4) L. 9, § 1, D. de public. 39, 4; L. 11, C. h. t.; voyez aussi L. 9, § 1 initio, cf. § 1 i. f., D. h. t.

(5) L. 9, § 1, L. 13, § 11, L. 24, § 4, D. h. t.; Théophile, § 6, I. h. t.; Cf. L. 24, § 2, D. h. t.

renouveler le bail, et alors on parle d'une relocation ou d'une reconduction; celle-ci a lieu tacitement lorsque le preneur continue de jouir sans opposition de la part du bailleur, ce qui atteste l'intention évidente des deux intéressés de continuer le bail⁽⁶⁾. Dans le cas d'une reconduction expresse, la convention nouvelle est naturellement décisive. Par contre, à la reconduction tacite s'appliquent les règles du bail originaire⁽⁷⁾, sauf que la durée en est réduite autant que possible : en effet, les biens ruraux sont censés reloués pour un an, délai indispensable au fermier pour faire la récolte⁽⁸⁾, et les autres choses sont considérées comme faisant l'objet d'un bail sans terme, de façon que chaque partie a la faculté de renoncer au bail dès qu'elle le juge convenable⁽⁹⁾, sauf convention contraire⁽¹⁰⁾.

5° Le consentement mutuel des parties, et même, s'il n'y a pas eu de terme fixé, la renonciation unilatérale de l'une d'elles, chacune pouvant à tout moment donner congé à l'autre; il suffit qu'elle observe sous ce rapport le délai fixé par l'usage des lieux⁽¹¹⁾, et il va de soi que le bail d'un bien rural ne peut durer moins d'un an⁽¹²⁾.

6° Une violation essentielle du contrat de la part du bailleur ou du

(6) L. 15, § 11, *v^h qui impleto tempore..... videbitur*, L. 14, D. h. t.; L. 16, C. h. t.

(7) L. 15, § 11, *v^h sed etiam pignora..... necessarius*, D. h. t.; L. 16 i. f., C. h. t.

(8) L. 15, § 11, *v^h Quod autem diximus..... observandum est*, D. h. t.

(9) L. 15, § 14, D. cit., *v^h In urbanis autem prædiis..... ita et obligetur*.

(10) L. 15, § 11, D. cit., *v^h nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*. — En ce sens Glück, *Pand.* XVII, p. 288-295 (1813). — ROEDER, *Abhandlungen über praktische Fragen des Civilrechts*, n° I, p. 40 sq., GIESSEN, 1835. — KRITZ, l. c. p. 250-251. — GOESCHEN, *Fort-s.* II (2), § 512. — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 561 i. f. — PUCHTA, *Fortes.* II, § 569, ad 2. — MOLITOR, l. c. I, n° 586. — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 502, note 15. — Cf. SCHILLING, *Lehrb.* III, § 507, 1° et note 1. — D'autres interprètes traduisent « à moins que le premier bail ne fût à terme et rédigé par écrit, » auquel cas la reconduction aurait lieu pour un second terme d'une durée égale : VALETT, *Lehrb.* II, § 558. — MEYER, in *Schweppe's R. P. R.* III, § 470. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* II, § 265 i. f. — ROSSHIRT, *Gem. deutsches Zivilrecht* II, § 446. — UNTERHOLZNER, l. c. II, § 497, I, 2° et note f. — SEUFFERT, *Prakt. P. R.* II, § 529 i. f. — SINTENIS, *Civilrecht* II, § 118, et note 115. — NAMUR, *Institutes* II, § 254, 1, 2°. — DEMANGEAT, *Cours élém. de D. R.* II, p. 518. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 644, *Anm.*, n° II, 2°. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 402, 5°.

(11) Cf. L. 4, D. h. t. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 402, 1°.

(12) Arg. L. 15, § 11 i. f., D. h. t.

preneur, en ce sens que cette violation autorise le cocontractant, en vertu de la condition résolutoire tacite, à provoquer la rescision du louage⁽¹³⁾. En ce qui concerne l'obligation de payer le prix du bail, il doit y avoir été manqué pendant deux ans, pour que le bailleur puisse faire résilier le contrat⁽¹⁴⁾.

DU LOUAGE DE SERVICES ; § 232.

Le louage de services est généralement soumis à la théorie du louage de choses, *mutatis mutandis*. Il suffira de relever certaines règles qui dérogent à cette théorie ou qui en constituent des applications propres.

I. Quant aux conditions : 1° Le louage de services peut avoir pour objet des services de toute nature, pourvu qu'ils soient possibles et licites⁽¹⁾, conformément à un principe général des conventions⁽²⁾. A la vérité sous la république, on n'admettait un louage que pour les services manuels⁽³⁾, et non pour les services scientifiques ou artistiques des professions libérales (*operæ liberales*), qui ne donnaient par conséquent lieu à aucune indemnité⁽⁴⁾. Mais sous l'empire, on accorda aux personnes exerçant des professions libérales sinon l'action *locati*, au moins une *cognitio extraordinaria* équivalente, à l'effet de réclamer le paiement de leurs honoraires (*honorarium*)⁽⁵⁾, car tel fut le nom spécial que l'on donna ici à la rémunération des services⁽⁶⁾.

2° Le prix des services consiste régulièrement en argent⁽⁷⁾; mais

(13) L. 24, § 4, L. 23, § 2, L. 60, pr., D. h. t. — L. 34, § 1, L. 36, D. h. t.; L. 3 i. f., C. h. t. — (14) L. 34, § 1, L. 36, D. h. t.

(1) Arg. L. 7, § 5, L. 16, pr., D. de oper. libert. 38, 1.

(2) T. I, § 206, IV, A, 1^o et B, 1^o.

(3) L. 3, pr., D. nautæ, caup., stabul. ut rec. restit. 4, 9; L. 3, § 2 initio, D. de præscr. verb. 19, 3; L. 1, § 7, D. de extraord. cognit. 50, 13.

(4) Arg. L. 3, § 2 initio, D. de præscr. verb. 19, 3 et textes de la note suivante.

(5) L. 1, pr., § 1-3, 6, 8-10, L. 4, D. de extraord. cognit. 50, 13; L. 7, D. mand. 17, 1; L. 1, pr., § 1, D. si mentor fals. mod. dix. 11, 6; L. 1, § 4-5, D. de extraord. cognit. 50, 13, cbn. avec L. 6, C. de profess. et med. 10, 32 et Pragmatica sanctio « pro petitione Vigilli », c. 22. — (6) L. 1, pr. i. f., D. si mentor fals. mod. dix. 11, 6.

(7) L. 3, § 2 initio, D. de præscr. verb. 19, 3.

à l'instar de ce qui a lieu dans le louage de choses, l'on peut rétribuer le pasteur d'un troupeau, en lui accordant une part divisée ou indivise dans le croit ou dans la laine, ainsi qu'il sera expliqué plus loin (8).

II. Quant aux effets : 1^o l'ouvrier ou l'entrepreneur doit fournir ses services selon les instructions reçues (9), et, à leur défaut, d'après la nature des choses (10). Il n'a pas l'obligation de prêter son industrie en personne ; comme dans le louage de choses (11), il lui est loisible de se substituer un tiers (12), à moins que le contrat n'ait été conclu en considération de la personne, ce qui est usuel dans le louage de services en général (13) ; dans tous les cas il répond en nom propre de la bonne exécution du travail (14). La responsabilité de l'entrepreneur s'étend à tous les vices de l'ouvrage (15) ; mais une fois que le maître l'a agréé, c'est à lui à prouver l'existence réelle du vice, car il a paru reconnaître la bonté de l'ouvrage (16).

2^o Le maître est obligé de livrer l'ouvrage, de le recevoir après son exécution et de payer en même temps le prix convenu (17) ; cependant s'il s'agit d'un ouvrage dont le prix a été fixé à tant le nombre, le poids ou la mesure, le maître doit, d'après l'intention présumée des parties, recevoir et payer le travail au fur et à mesure de son achèvement (18) ; l'on comprend également que si une avance a été promise à l'entrepreneur pour l'aider à supporter les frais de l'ouvrage, cette avance doit lui être fournie moyennant caution (19).

III. Relativement aux causes qui mettent fin au louage de services, il est à remarquer qu'il cesse le plus souvent par la mort de l'ouvrier dont les qualités personnelles sont presque toujours la cause

(8) § 253, 5^o.

(9) L. 60, § 3, D. h. t. ; L. 13, § 1, D. h. t., chn. avec L. 10, § 1 initio, D. de lege Rhodia 14, 2. — (10) L. 13, § 1, L. 24, pr., D. h. t.

(11) Supra § 250, II, B. — (12) Arg. L. 13, § 1, D. h. t. et L. 51 initio, D. de solut. 46, 3.

(13) L. 51, D. cit. ; Arg. L. 26, § 12, D. de conduct. indeb. 12, 6, v^{is} Et Celsus..... *causam operarum*. — (14) L. 10, § 1 initio, D. de lege Rhodia 14, 2 ; L. 13, § 1, D. h. t.

(15) L. 51, § 1, L. 62, D. h. t. ; Arg. L. 56, v^{is} Si tamen vi....., et L. 37, D. h. t.

(16) Arg. L. 56, L. 57, L. 62, D. h. t. — (17) Festus, v^o Redemptores.

(18) L. 50, § 3, L. 51, § 1 initio, D. h. t. — (19) Arg. L. 38 § 2, D. h. t.

déterminante du contrat⁽²⁰⁾ ; par contre, l'entreprise qui ne présente guère ce caractère de personnalité, passe généralement aux héritiers de l'entrepreneur⁽²¹⁾.

DU LOUAGE IRRÉGULIER ; § 235.

Il existe trois cas de ce genre :

1° Lorsqu'on remet à un ouvrier ou à un voiturier une quantité de choses fongibles pour les travailler ou les transporter, sans avoir en vue une restitution en nature, le contrat forme un véritable prêt de consommation, car on a transféré une quantité de choses fongibles à charge de rendre autant de même espèce et qualité⁽¹⁾ ; il s'ensuit que les risques et périls sont pour l'ouvrier ou l'entrepreneur⁽²⁾.

2° Si c'est l'ouvrier ou l'entrepreneur qui fournit la matière première à travailler, il y a vente par rapport à la matière première, et cette vente absorbe le louage de services⁽³⁾ ; la conséquence en est de nouveau que les risques sont pour le fournisseur, comme vendeur de choses fongibles. Cependant il y aurait louage de services, si le maître fournissait au moins la matière première principale et l'ouvrier ou l'entrepreneur seulement certaines choses accessoires ; dans une telle convention prédomine le caractère d'une prestation de services⁽⁴⁾.

3° L'on peut encore confier un troupeau à quelqu'un pour le garder et l'entretenir, moyennant une part divisée ou indivise dans les jeunes, et le cas échéant, dans la laine du troupeau⁽⁵⁾. Ce contrat, que les anciens romanistes appelaient *contractus socidæ*, forme effectivement une société si l'intention des parties est de réaliser des

(20) Arg. L. 26, § 12, D. de *condict. indeb.* 12, 6, *vis* Et *Celsus*..... *causam operarum*.

(21) Arg. L. 31, D. de *solut.* 46, 3, *vis* et *hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat*.

(1) L. 31, D. h. t., *vis* ex *posteriore* (casu) in *creditum* iri, *vis* secundum quæ *videri triticum factum Saufcii, et recte datum, et vis* sive *ejus generis essent merces, quæ nautæ traderentur, ut continuo ejus fierent, et mercator in creditum iret*. — (2) L. 31, D. cit.

(3) *Gaius*, III, 147 ; § 4, l. h. t. ; L. 20, L. 63, D. de *contr. emt.* 18, 1 ; L. 2, § 1, D. h. t. — (4) L. 20 i. f., D. de *contr. emt.* 18, 1 ; L. 22, § 2, D. h. t.

(5) L. 9, C. de *pact.* 2, 5.

gains communs, en fournissant l'une le bétail, l'autre son industrie⁽⁶⁾. Mais par elle-même la convention n'est qu'un simple louage de services⁽⁷⁾, avec une rétribution en nature; outre sa part dans les jeunes et dans la laine, le berger y profite de plein droit des autres avantages que peuvent procurer les bestiaux, car ces avantages reviennent par la nature des choses à celui qui supporte les charges du troupeau; d'un autre côté, il n'est pas moins juste que le croit serve avant tout à tenir le troupeau au complet, et que le berger ne puisse réclamer sa part que sur l'excédant⁽⁸⁾; mais il ne répond pas davantage d'une diminution casuelle du troupeau⁽⁹⁾. La dernière règle cesse lorsque les bestiaux ont été livrés au berger d'après une estimation : celle-ci ne peut avoir d'autre but que de le forcer à représenter en toute éventualité à la fin du bail des bestiaux d'une valeur égale à ceux qu'il a reçus; par conséquent si le troupeau a augmenté de valeur, l'excédant se partagera; s'il y a eu diminution, elle sera aussi supportée en commun⁽¹⁰⁾. — Avec ce bail, nommé de nos jours *cheptel simple*, on ne confondra pas cet autre louage irrégulier qui consiste à remettre sur estimation à un fermier, en vue de l'exploitation de la ferme, des bestiaux et des ustensiles aratoires (*instrumentum fundi*)⁽¹¹⁾. Tantôt cette estimation a pour but de rendre le fermier propriétaire des accessoires de la métairie (*æstimatio venditionis causa*)⁽¹²⁾; dans ce cas une vente vient se combiner avec le louage, le fermier ne doit jamais autre chose que le montant de l'estimation, à titre de prix de vente, mais il la doit d'une façon absolue, peu importent les pertes fortuites qu'il a pu éprouver⁽¹³⁾. Tantôt le fermier n'est pas acheteur des choses estimées, il doit les restituer en nature; on a voulu par l'estimation le forcer à représenter à la fin du bail des choses d'une valeur égale

(6) L. 32, § 3 i. f. et 2, D. *pro socio* 17, 2; Cf. L. 13, § 1, D. *de præscr. verb.* 19, 3, *vi* Sed si... *pecus pascendum tibi dederis, ita ut..... pro socio actio.*

(7) Arg. L. 9, C. *de pact.* 2, 3 et L. 32, § 2 ebn. avec § 3 i. f., D. *pro socio* 17, 2.

(8) Arg. § 58 initio, I. *de R. D.* 2, 1 et L. 68-69, D. *de usufr.* 7, 1.

(9) Arg. L. 32, § 2 et 3 initio, D. *pro socio* 17, 2.

(10) Arg. L. 32, § 3 initio, D. *pro socio* 17, 2. — (11) L. 3, L. 34, § 2, D. *h. t.*

(12) L. 3, D. *h. t.* — (13) L. 34, § 2, D. *h. t.*

(*æstimatio taxationis causa*)⁽¹⁴⁾; alors, s'il profite d'une augmentation du troupeau, il doit aussi, en cas de diminution, parfaire en argent le montant de l'estimation, ce qui met encore les risques et périls à sa charge⁽¹⁵⁾. Dans le doute, on doit attribuer à l'estimation le second de ces effets, car il est le plus affaibli, et les aliénations ne se présumant point⁽¹⁶⁾. Notre second louage irrégulier porte dans le droit moderne le nom de *cheptel de fer*, parce que le bétail devant être rendu en tout état de cause pour une valeur égale au montant de l'estimation, acquiert par là une sorte de nature de fer⁽¹⁷⁾.

C) DE LA SOCIÉTÉ.

I. de societate 3, 25; D. pro socio 17, 2; C. eodem 4, 57.

KRITZ. *Das Pandektenrecht*, 1^{re} partie, II, p. 1-156. Meissen, 1837.

RAUTER. *Du contrat de société en droit romain*. Strasbourg, 1839.

DE BENOIT. *De societate secundum jus romanum*. Berne, 1869. (Dissert. inaugurale.)



§ 254. Notion et conditions.

La société est un contrat par lequel plusieurs personnes s'engagent à faire chacune un certain apport, en vue d'un but commun.

I. Quant à la capacité des contractants, il faut qu'ils puissent s'obliger, à cause des obligations réciproques qui leur incombent⁽¹⁾.

II. Quant à l'objet du contrat, il faut une mise de la part de chaque associé et un but commun à tous; en l'absence de l'une de ces conditions, soit que quelqu'un participe aux résultats d'une affaire sans avoir rien mis en commun, soit qu'il ait fait un apport dans l'intérêt exclusif d'autrui (société dite *léonine*)⁽²⁾,

(14) L. 5, D. h. t., cbn. avec L. 69, § 7, D. de J. D. 25, 3; L. 50, D. sol. nutrim. 24, 3 et L. 21, C. de J. D. 5, 12. — (15) L. 34, § 2, D. h. t.

(16) Arg. L. 21, C. de J. D. 5, 12. — MOUTON (l. c. I, n° 617) perd ici complètement de vue l'analogie de la dot, à laquelle la loi 5 i. f., D. h. t. prend pourtant soin de se référer d'une manière expresse. — (17) Art. 1821, C. civ. fr.

(1) L. 33 i. f., D. h. t. — T. I, § 205.

il y a donation⁽⁵⁾, et celle-ci se sépare à plus d'un égard de la société : elle ne se parfait pas indistinctement par le seul consentement des parties, mais dès qu'elle excède cinq cents solides, elle devient une convention solennelle qui exige la transcription dans les registres publics⁽⁴⁾; puis le donateur ne répond que de la faute lourde, et non de la faute légère *in concreto* comme les associés⁽⁵⁾; enfin il n'est astreint à aucune garantie de la chose donnée⁽⁶⁾. Examinons maintenant de plus près les deux conditions objectives de la société.

1° On peut mettre en commun des choses corporelles ou incorporelles de toute nature (*societas rerum*), ainsi que des services (*societas operarum*)⁽⁷⁾. Quand il s'agit de choses, il est important de savoir si l'apport a pour objet la propriété ou la jouissance, non-seulement au point de vue des risques et périls, comme il a déjà été expliqué⁽⁸⁾, mais surtout pour les reprises sociales, dont il sera question plus loin⁽⁹⁾. Il faut répondre par une distinction : les choses consommables deviennent nécessairement propriété de la société, qui n'en retirerait aucun profit si elle ne pouvait les consommer, et pour consommer elle doit être propriétaire⁽¹⁰⁾; on ne peut en dire autant des choses non consommables, et comme dans le doute les conventions s'interprètent à l'avantage du débiteur, la société n'acquerra par rapport à ces choses qu'un simple droit de jouissance⁽¹¹⁾. Mais si la première de ces deux règles est absolue, la seconde est de nature à pouvoir être exclue par la volonté des associés, auxquels il est loisible de faire entrer les choses non consommables dans le patrimoine de la société⁽¹²⁾; parfois cette volonté sera tacite, et entre autres l'on doit admettre que si de deux apports de choses non consommables l'un

(2) L. 29, § 2, D. h. t. — (5) L. 3, § 2, L. 29, § 2, D. h. t. — (4) *Infra* § 246, III.

(3) T. I, § 194, I. — (6) *Infra* § 248, II, 1^o.

(7) GAIUS, III, 149 i. f.; § 2 in medio, I. h. t.; L. 71, pr., D. h. t.; L. 1, C. h. t.

(8) T. I, § 196, I, C et II, C. — (9) T. II, § 258^{bis}, I. — (10) L. 58, § 1, D. h. t.

(11) L. 58, pr., D. h. t., v^o *Si id quod..... coitam societatem*; L. 15, § 1, D. de præs. verb. 19, 3. — Voyez en ce sens VANGEROW, *Lehrb.* III, § 651, Ann. 2 et MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 511, 1^o; Cf. MOLITOR, I. c. II, n^o 648.

(12) L. 52, § 5, L. 58, pr., v^o *Ceterum si.....*, D. h. t.

est sujet à des dépréciations considérables, les parties ont voulu rendre les deux apports communs quant à la propriété, pour qu'à la fin de la société il n'y ait pas une inégalité choquante dans les reprises.

2° Le but social peut également affecter une forme quelconque, pourvu qu'il soit possible et licite⁽¹³⁾. Le plus souvent il consistera dans un bénéfice pécuniaire (*societas quaestuarial*)⁽¹⁴⁾, et l'une des principales espèces des sociétés de ce genre est la société commerciale (*societas negotiatoria*); mais le but social peut tout aussi bien être moral, scientifique, artistique et même de pur agrément (*societas simplex*). Dans la société des gains se présente la question capitale de la répartition des gains et des pertes. Avant tout les parts dépendent des conventions sociales : celles-ci peuvent attribuer aux associés des portions inégales⁽¹⁵⁾, ou accorder à un associé des portions différentes dans les gains et dans les pertes⁽¹⁶⁾, voire même le dispenser de toute contribution aux pertes⁽¹⁷⁾; la société sera ainsi souvent mêlée de donation, à l'imitation de la vente gracieuse, sans être nulle pour cela si les parties sont capables de donner et de recevoir⁽¹⁸⁾; il est également permis de remettre la détermination des parts sociales soit à un tiers, soit à l'un des associés, auquel cas le règlement des parts doit se faire loyalement d'après la valeur respective des apports, et il peut être attaqué quand il est ouvertement inique⁽¹⁹⁾. Si le contrat ne fixe que les parts dans les gains, on étend cette attribution aux pertes, et réciproquement, en suppléant à une omission évidente des parties⁽²⁰⁾. Mais lorsque le contrat social garde le silence sur la répartition des gains et des pertes, le droit romain accorde à chaque associé une portion virile; en effet, si l'un des associés avait cru pouvoir, à raison de son apport, réclamer une part plus considérable, il est clair qu'il l'aurait fait au moment du contrat; en souscrivant purement et simplement à la société, il a lui-même reconnu que sa

(13) L. 3, § 3, L. 57, D. h. t.; L. 70, § 5 i. f., D. de *fidejuss.* 46, l.

(14) L. 43, § 2, D. de A. v. O. H. 29, 2; L. 71, § 1, D. h. t.

(15) § 1 i. f., l. h. t.; L. 29, pr., D. h. t. — (16) GAIUS, III, 149; § 2 initio, l. h. t.

(17) § 2 i. f., l. h. t.; L. 29, § 1, L. 50, D. h. t. — (18) T. II, § 226, II, B, 2°.

(19) L. 76-80 cbn. avec L. 6, D. h. t. — (20) GAIUS, III, 150 i. f.; § 3, l. h. t.

mise ne valait pas plus que celles de ses coassociés, et ce serait refaire la convention que de rechercher encore l'importance respective des mises, dans le but d'admettre un partage proportionnel des gains ou des pertes; les associés eux-mêmes ont considéré les apports comme équivalents, et dès lors il ne saurait être question d'un partage proportionnel; le principe contraire n'en est pas moins soutenu par un grand nombre d'auteurs, et le code Napoléon l'a également sanctionné (21). Au reste, dans la liquidation de la société, on ne considère que le résultat général des opérations sociales, et l'on partage soit l'excédant des gains sur les pertes, soit l'excédant des pertes sur les gains, et non pas séparément les gains et les pertes, ce qui conduirait à un résultat tout différent; telle est sans contredit la volonté des parties (22).

III. Quant à la perfection de la société, il n'est besoin que du consentement des parties (23), et il est assez souvent exprimé d'une manière tacite (24).

§ 253. Des diverses espèces de sociétés.

Au point de vue de leur objet, le seul qui doive nous occuper ici, les sociétés se divisent en universelles et particulières.

I. La société universelle (*societas omnium bonorum, vel univer-*

(21) GAIUS, III, 130 initio; § 1 initio, I. h. t.; L. 29, pr. initio, D. h. t. — Voyez en ce sens WARCKENBACH, *Comment.* II, n° 640. — MEYER, in *Schweppe's R. P. R.* III, § 473. — MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 587, 2°. — KRITZ, l. c. p. 57 et 41. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* II, § 272. — UNTERHOLZNER, l. c. II, § 524, 3°. — HEIMBACH, *Weiske's Rechtslexikon* IV, p. 687. — SCHILLING, *Lehrb.* III, § 514 et note m. — PUCHTA, *Pand.* § 570 i. f. — MOLITOR, l. c. II, n° 634. — KELLER, *Pand.* § 546, p. 636. — SINTENIS, *Civilrecht* II, § 121, I, et note 53. — NAMUR, *Institutes* II, § 240, 1°. — DEMANGEAT, *Cours élém. de D. R.* II, p. 325-326. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 406, 4°, et note 13. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 635, *Anm.* — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 511 et note 22. — Contra VALETT, *Lehrb.* II, § 547. — GOESCHEN, *Vorles.* II (2), § 521, 5° i. f. — THIBAUT, *System* II, § 542, B. — ROSSHIRT, *Gem. deutsches Zivilrecht* II, § 430. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* II, § 419, d. — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 262, II, D. — BRINZ, *Lehrb.* § 111, p. 472. — MÜLLER, *Lehrb.* § 120, II, 2°. — Cf. SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* II, § 350. — Contra art. 1833, C. civ. fr. — (22) § 2 i. f., I. h. t.; L. 50, D. h. t. — (23) L. 4, pr., D. h. t.

(24) Cf. L. 6, C. h. t.

sarum fortunarum) est celle qui comprend l'ensemble des biens présents et futurs des associés⁽¹⁾, ainsi que toutes leurs dettes présentes et futures⁽²⁾. Cette double règle n'admet d'exception que dans le cas d'un délit commis par l'un des associés : les acquisitions résultant du délit ne tombent pas dans la communauté, car il n'y a pas de société de délits ; le délinquant ne peut donc être contraint à en faire l'apport⁽³⁾, bien que, s'il les a spontanément mises en commun, il ne soit pas admis à invoquer son délit pour les répéter⁽⁴⁾ ; mais réciproquement les obligations naissant du délit demeurent personnelles à l'associé coupable, qui est seul tenu sur sa part sociale⁽⁵⁾, à moins que ses coassociés ne se soient rendus complices du délit⁽⁶⁾.

II. La société particulière (*societas alicujus rei vel negotiationis*) est celle qui a pour objet des choses ou des opérations déterminées. Nous nous arrêterons un instant à deux de ses variétés : la société d'acquêts et les sociétés publiques.

1° La société d'acquêts (*societas quæstus, compendii, lucri*) comprend activement les acquisitions à titre onéreux faites par les associés depuis le contrat social⁽⁷⁾, à l'exclusion des acquisitions futures à titre gratuit⁽⁸⁾ et de tous les biens présents⁽⁹⁾, et passivement les dettes inhérentes aux biens devenus communs⁽¹⁰⁾. Lorsque les contractants ont déclaré s'associer d'une façon générale sans préciser l'objet de leur société, on présume qu'ils ont voulu conclure une société d'acquêts plutôt qu'une société universelle de biens, par le motif que les obligations contractuelles doivent s'interpréter strictement, et que la première société est beaucoup moins étendue que la seconde⁽¹¹⁾.

(1) L. 5, § 1, L. 52, § 16, L. 75 initio, cf. L. 63, § 16, L. 66, D. h. t.

(2) L. 27, L. 75 i. f., cf. L. 81, D. h. t. — (3) L. 52, § 17, L. 55, D. h. t.

(4) L. 55 i. f., cf. L. 34, D. h. t. — (5) L. 52, § 18, L. 39, § 1 initio, D. h. t.

(6) L. 56, L. 57, D. h. t.

(7) L. 7-8, L. 15, L. 52, § 8, L. 71, § 1, D. h. t.; L. 43, § 2, D. de A. v. O. H. 29, 2.

(8) L. 9-11, L. 71, § 1, D. h. t.; L. 43, § 2 i. f., D. de A. v. O. H. 29, 2.

(9) Arg. L. 43, § 2, D. cit. — (10) L. 12, D. h. t.

(11) L. 7, D. h. t. — Cf. MOLITOR, l. c. II, n° 647.

2° Nous appelons sociétés publiques (*societates publicæ*)⁽¹²⁾, dans notre droit moderne sociétés anonymes, celles qui constituent des personnes civiles⁽¹³⁾. De telles sociétés sont indépendantes de leurs membres; en conséquence, celles d'entre elles qui ne supposent pas des qualités individuelles chez les membres, passaient à Rome aux héritiers de l'associé décédé⁽¹⁴⁾, si, comme il devait être d'usage, une convention avait été faite en ce sens⁽¹⁵⁾.

§ 256. Des effets de la société entre associés.

I. L'obligation essentielle de chaque associé consiste à faire l'apport auquel il s'est engagé⁽¹⁾. Cette obligation est soumise aux règles suivantes :

1° L'apport se fait d'après les modes ordinaires de transfert⁽²⁾, sauf que dans la société de tous les biens, la propriété des biens corporels appartenant à chaque associé au moment de la conclusion du contrat passe à la société de plein droit, en dehors d'une tradition, afin de ne pas imposer aux associés des traditions sans nombre⁽³⁾; à cette occasion les modernes, se fondant sur une fiction contraire aux principes, parlent d'un constitut possessoire tacite, en vertu duquel chaque associé serait réputé vouloir dès le jour du contrat posséder tous ses biens corporels présents, partie en nom propre, partie pour le compte de ses coassociés⁽⁴⁾; la dérogation ne s'applique pas aux biens corporels acquis dans le cours de la société⁽⁵⁾.

2° L'apport donne lieu à la garantie du chef d'éviction et des vices

(12) Arg. L. 59, pr., D. h. t., où les sociétés dépourvues de la personnification civile sont opposées comme *societates privatæ* à celles qui ont cette personnification.

(13) L. 1, pr., D. *quod cujusc. univers.* 5, 4. — T. I, § 59, 1 et § 42.

(14) L. 59, pr., D. h. t., *vbi in societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicujus.*

(15) L. 63, § 8, D. h. t., *vbi et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit, nisi fuerit adscitus*; L. 59, pr., D. h. t., *vbi sed ita demum æstimandum est, cf. vbi Quid enim.....?*

(1) L. 63, § 13, L. 73 initio, L. 74, D. h. t.

(2) L. 3, pr., D. h. t., cbn. avec T. I, § 176, IV. — (3) L. 1, § 1, L. 2, D. h. t.

(4) T. I, § 87, I. — (5) Arg. L. 1, § 1, L. 52, § 16, L. 74 cbn. avec L. 73, D. h. t.

cachés⁽⁶⁾; il ne saurait toutefois être question de cette garantie dans la société universelle de biens ni dans la société d'acquêts, où l'on ne s'oblige à mettre en commun que ce qu'on a acquis ou acquerra d'une manière effective.

II. L'administration des affaires sociales appartient à l'associé désigné par le contrat de société, sans qu'il puisse être révoqué par ses collègues, car son droit de gérer est fondé sur un contrat. A défaut d'un pareil gérant, les associés ont la faculté d'en nommer un dans le cours de la société, mais alors il est révocable comme un mandataire ordinaire. Si ce second gérant manque également, chaque associé a le droit de poser des actes d'administration, en se conformant au but social⁽⁷⁾; mais aussi chacun de ses coassociés jouit d'un droit d'opposition⁽⁸⁾ et peut faire redresser ce qui s'est fait malgré lui⁽⁹⁾. A la gestion des affaires sociales s'applique la théorie ordinaire du mandat⁽¹⁰⁾ ou de la gestion d'affaires⁽¹¹⁾, à part une seule exception : le gérant d'une société a droit à la réparation du dommage éprouvé dans son administration, alors même que celle-ci n'aurait été que l'occasion et non la cause du préjudice; c'est que la société ayant essentiellement pour base le principe de l'égalité, toute perte comme tout gain doit être commune⁽¹²⁾.

III. L'action naissant de la société est l'action *pro socio*; elle est spéciale ou générale : elle sert à la fois à poursuivre l'exécution des diverses obligations sociales⁽¹³⁾, et à demander, lors de la dissolu-

(6) T. I, § 217, II, A, 1^o et § 218, II, A, 1^o.

(7) L. 16, D. de R. C. 12, 1, L. 27, cf. L. 28, v^{is} *Quod si*....., D. comm. divid. 10, 3.

(8) L. 28, D. cit., v^{is} *Sabinus*..... constat; L. 11, D. si serv. vindic. 8, 3; L. 27, § 1, D. de S. P. U. 8, 2.

(9) L. 28, D. comm. divid. 10, 3, v^{is} *Sed etsi*..... habet actionem; L. 11, D. si serv. vindic. 8, 3.

(10) L. 21 i. f., L. 22-24, l. 58, § 1, L. 32, § 10, 12 et 13, L. 60, pr., L. 67, pr., § 1-2, D. h. t.; L. 1, § 1, D. de usur. 22, 1; Cf. L. 25, § 1, L. 25, L. 26, D. h. t. et L. 10 pr., D. de compens. 16, 2. — Infra § 241.

(11) Arg. L. 28, D. comm. divid. 10, 3, v^{is} *Sed etsi*..... sarciri poterit. — Infra § 269, II, A. — (12) L. 32, § 4, L. 60, § 1, L. 61, D. h. t. — Cf. infra § 241, II, 2^o.

(13) L. 32, § 13, L. 63, § 13, D. h. t.

tion de la société, la liquidation des affaires communes⁽¹⁴⁾; par suite du caractère de fraternité que revêtent les rapports entre associés, l'action *pro socio* offre cette double particularité que l'associé qui y est condamné pour dol, encourt l'infamie⁽¹⁵⁾, et que les associés jouissent du bénéfice de compétence⁽¹⁶⁾. Les associés disposent encore de plusieurs autres actions, et notamment :

1° Des actions résultant de rapports obligatoires particuliers qui se sont établis entre eux⁽¹⁷⁾.

2° De l'action *communi dividundo* naissant de toute communauté⁽¹⁸⁾. Il est même indispensable d'y recourir, à la dissolution de la société, pour obtenir le partage des biens sociaux; l'action *pro socio* ne peut servir à cette fin, puisqu'elle dérive du contrat social, qui, loin de tendre au partage, se propose au contraire d'établir une communauté⁽¹⁹⁾.

IV. Chaque associé a le droit de disposer de sa part sociale, comme de toute autre propriété⁽²⁰⁾. Une telle aliénation implique évidemment une renonciation à la société; celle-ci est dissoute et doit être liquidée, l'acheteur intervenant dans la liquidation au lieu et place de l'associé vendeur⁽²¹⁾. Mais à cause de ce caractère de l'aliénation, son efficacité suppose que l'associé vendeur pût renoncer à la société et réclamer le partage; par conséquent si la société a été conclue pour un certain terme qui n'est pas encore expiré⁽²²⁾, la vente de la part sociale ne produira de l'effet qu'après l'expiration du délai convenu⁽²³⁾.

V. Enfin un associé peut s'associer un tiers par rapport à sa part sociale. Seulement l'association nouvelle est tout à fait distincte de

(14) Arg. L. 63, § 15, D. h. t.

(15) § 2 initio, l. de pœna tenere litig. 4, 16; L. 1 initio, L. 6, § 6 i. f., D. de his, qui not. inf. 3, 2; L. 22, C. ex quib. caus. inf. irrog. 2, 12.

(16) § 58, l. de act. 4, 6; L. 63, pr., L. 67, § 5, D. h. t.

(17) L. 43, L. 47-31, L. 69, D. h. t. — (18) L. 17, pr., L. 58, § 1, D. h. t.

(19) L. 1, L. 2, pr., D. comm. divid. 10, 5; Cf. L. 43, D. h. t.

(20) L. 16, § 3, D. de alim. leg. 54, 1; L. 32, § 9, L. 68, pr., D. h. t.

(21) Arg. L. 14, § 5, D. comm. divid. 10, 5 et L. 16, § 1, D. h. t. — (22) Infra § 258, III, 2°.

(23) L. 14, § 3, D. comm. divid. 10, 5; L. 16, § 1, cf. L. 17, pr., D. h. t.

l'ancienne : *socii mei socius socius meus non est*⁽²⁴⁾ ; il y a en quelque sorte deux sociétés superposées, d'où est venu le nom de croupier pour désigner le nouvel associé. Le principe énoncé se justifie par cette considération que la nouvelle société est une *res inter alios acta* pour tous les associés primitifs qui n'y sont pas intervenus ; pour qu'elle eût de l'effet vis-à-vis d'eux, leur consentement serait nécessaire, et alors il se formerait une société nouvelle comprenant un membre de plus⁽²⁵⁾. Par application de cette règle :

1° Le croupier n'a d'action contre les associés de son associé que comme cessionnaire des droits de ce dernier dans la société primitive⁽²⁶⁾, et réciproquement, les associés qui n'ont pas traité avec le croupier, ne peuvent le poursuivre qu'en qualité de représentants de leur coassocié⁽²⁷⁾.

2° L'associé du croupier répond des actes du croupier comme des siens propres, car c'est lui qui l'a fait intervenir dans les affaires sociales⁽²⁸⁾.

3° La société accessoire se dissout d'une manière indépendante de l'ancienne⁽²⁹⁾.

§ 237. Des effets de la société à l'égard des tiers.

Vis-à-vis des tiers, la société comme toute autre convention est réputée ne pas exister, il n'y a que des individus⁽¹⁾. En conséquence :

1° Si tous les associés ont contracté conjointement avec un tiers, chacun devient créancier ou débiteur pour une portion virile, et non pour sa part sociale. Il n'en est autrement que lorsque les associés ont traité en cette qualité avec le tiers, auquel cas ils l'obligent ou s'obligent envers lui pour leurs portions sociales⁽²⁾ : il peut y avoir

(24) L. 19 initio, L. 20, D. h. t. ; L. 47, § 1, D. de R. J. 50, 17. — (25) L. 19, D. h. t.

(26) L. 21 initio, L. 22 initio, D. h. t.

(27) L. 21, cf. L. 23, pr., D. h. t., *vis utrum actionem eum mandare sociis sufficiat*.

(28) L. 23, pr., cf. L. 23, § 1, L. 23, L. 26, D. h. t. — (29) L. 22 i. f., D. h. t.

(1) L. 1, pr., D. *quod. cujusc. univ.* 3, 4.

(2) L. 4, pr., D. de *exere. act.* 14, 1 ; L. 44, § 1, D. de *ædil. ed.* 21, 1, *vis quamvis actio ex emto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt*.

aussi une stipulation de solidarité en faveur des associés ou à leur charge, et la loi elle-même établit la solidarité à charge des banquiers associés (3). Cependant de nombreux auteurs admettent que les associés sont tenus de plein droit en raison de leurs parts sociales (4).

2° Si l'un ou quelques-uns des associés seulement ont passé le contrat avec le tiers, il faut séparer les associés contractants des autres : les premiers deviennent créanciers ou débiteurs conformément aux règles exposées à l'occasion du cas précédent, ainsi, en les supposant plusieurs, en général pour une part virile; quant à ceux qui sont demeurés étrangers au contrat, ils ont action contre le tiers ou sont soumis à une action de sa part d'après les principes du mandat (5) ou de la gestion d'affaires (6), selon que les associés qui ont traité avec le tiers, l'ont fait à la suite d'un mandat de leurs collègues ou comme simples gérants d'affaires.

§ 258. De la dissolution de la société.

Il existe cinq causes principales de dissolution de la société, à savoir :

I. La réalisation du but social (1) et l'impossibilité physique (2) ou juridique (3) de réaliser encore ce but.

II. L'expiration du terme pour lequel la société a été conclue (4),

(3) L. 9, pr., L. 23, pr., D. de pact. 2, 14; L. 34, pr., D. de recept. 4, 8. — Voyez encore L. 44, § 1, D. de edil. ed. 21, 1.

(4) Arg des textes de la note 2. — Voyez en notre sens KNITZ, l. c. p. 429. — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 262, II, B, 2°. — PUCHTA, *Vorles.* II, § 370-372 i. f. — SINTENIS, *Civilrecht* II, § 421, IV et note 91. — NAMUR, *Institutes* II, § 242, II, 1°. — DE BENOIT, l. c. nos 56-57. — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 312, A et note 2. — Contra MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 588. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* II, § 271 i. f. — GOESCHEN, *Vorles.* II (2), § 324, 1°. — THIBAUT, *System* II, § 544, A, B, a. — SCHILLING, *Lehrb.* III, § 516. — MOLITOR, l. c. II, no 637. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* II, § 531, 1°. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 655, Anm., no 1. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 407, note 7 i. f.

(5) L. 13, § 23, D. de A. E. et V. 19, 1; L. 13, § 2, D. de instit. act. 14, 5. — Infra § 242. — (6) Infra L. 82, D. h. t., et § 269, II, B.

(1) § 6, I. h. t.; L. 63, § 10 initio, D. h. t. — (2) L. 65, § 10, D. h. t.

(3) L. 65, § 10, D. h. t. et Arg. L. 3, § 3, D. h. t. — (4) L. 65, § 6 i. f., D. h. t.

ou l'accomplissement d'une condition résolutoire, sauf la faculté qui appartient aux associés de renouveler la société⁽⁵⁾.

III. Le consentement mutuel, exprès⁽⁶⁾ ou tacite⁽⁷⁾ des associés. Il y a plus : chaque associé peut renoncer à la société par sa seule volonté⁽⁸⁾, même tacitement⁽⁹⁾; cette règle spéciale à la société se fonde sur ce que sa prospérité est impossible sans le dévouement de tous ses membres aux affaires communes, et ce dévouement ne saurait être complet qu'à condition d'être volontaire. Au reste, la renonciation ne produit d'effets qu'après être parvenue à la connaissance de l'autre associé; jusque-là ce dernier a le droit légitime de croire à la persistance de la société, et par conséquent il en gère valablement les affaires⁽¹⁰⁾. La renonciation à la société donne encore lieu aux remarques suivantes :

1^o Elle ne doit être ni frauduleuse ni intempestive, c'est-à-dire faite dans le but de frustrer la société d'une acquisition destinée à devenir commune⁽¹¹⁾, ou bien à un moment inopportun de manière à causer à la société un préjudice qu'on eût évité autrement⁽¹²⁾; sans doute, même dans ces deux cas, la société est dissoute et doit être liquidée; mais l'associé qui a renoncé frauduleusement ou intempestivement à la société, est obligé de l'indemniser; c'est pourquoi un texte dit : *socius* (le renonçant) *socium liberat a se* (dissolution de la société), *sed se non liberat a socio* (dommages et intérêts)⁽¹³⁾.

2^o De même, quand la société a été conclue pour un certain terme, la renonciation anticipée, bien qu'elle soit toujours valable et amène la dissolution de la société, oblige le renonçant à indemniser la société du préjudice qu'il lui cause, car il a violé le contrat social qui lui imposait l'obligation de rester en société durant un certain temps;

(5) Arg. L. 63, § 6 i. f., D. cit. — (6) § 4, I. *quib. mod. oblig. toll.* 3, 29.

(7) L. 64, L. 63, pr., v^{is} *STIPULATIONE...mutata sit causa societatis*, D. h. t.

(8) § 4 initio, I. h. t.; L. 4, § 1, L. 63, § 10, D. h. t.; L. 3 initio, C. h. t.

(9) L. 63, pr., D. h. t., v^{is} *JUDICIO mutata sit causa societatis*. — (10) L. 17, § 1, D. h. t.

(11) Gaius, III, 131; § 4, I. h. t., v^{is} *Sed plane.....*; L. 63, § 3-4, D. h. t.

(12) L. 14, v^{is} *nam etsi..... actionem*, L. 17, § 2, L. 63, § 3, D. h. t.

(13) Gaius, III, 131; § 4, I. h. t.; L. 63, § 3-4, D. h. t.

il en résulte que s'il n'a aucun droit aux bénéfices sociaux réalisés après sa renonciation, il doit encore éventuellement supporter sa part dans les pertes, c'est-à-dire dans l'excédant des pertes sur les gains; et pour ce motif le partage des biens sociaux demeure suspendu jusqu'à l'expiration du terme convenu⁽¹⁴⁾. Il y a exception si la renonciation avant terme avait une cause légitime⁽¹⁵⁾.

IV. Une autre cause de dissolution de la société est la mort d'un associé, peu importe qu'il y ait encore plusieurs membres survivants; la société ne subsiste ni pour les héritiers de l'associé défunt, ni pour les membres survivants; c'est encore une extinction propre à notre contrat; elle dérive de ce que la société est éminemment conclue en vue de la personne des parties⁽¹⁶⁾. L'on ne pourrait pas même convenir qu'à la mort d'un membre la société passera à ses héritiers⁽¹⁷⁾, car de deux choses l'une : ou bien les héritiers sont désignés d'une manière générale, et alors ce sont des personnes incertaines, avec lesquelles on ne peut s'associer à cause de la confiance que suppose la société, ou bien les héritiers sont dénommés, et dans ce cas il y a une institution d'héritier par contrat, que la loi ne reconnaît pas, comme il sera expliqué dans le droit héréditaire⁽¹⁸⁾; mais rien n'empêche de convenir qu'à la mort de l'un des associés, les autres demeureront en société, attendu qu'une semblable clause n'est autre chose qu'une société nouvelle conclue pour l'époque de la mort de l'un des associés primitifs⁽¹⁹⁾, et il n'est pas moins clair que, même à défaut de la clause prémentionnée, une société nouvelle peut être formée entre les associés survivants et les héritiers de l'associé décédé⁽²⁰⁾. Remarquons encore :

1° Que certaines sociétés passent aux héritiers en vertu d'une convention spéciale; ce sont les sociétés publiques⁽²¹⁾.

(14) L. 63, § 6, L. 14, v^{us} *Si convenerit..... pro socio actionem*, D. h. t.

(15) L. 14, v^{us} *sed etsi convenit.....*, L. 13, L. 16, pr., L. 63, § 6 i. f., D. h. t.

(16) Gaius, III, 132; § 3, I. h. t.; L. 63, § 10, L. 63, § 9 initio, cf. § 11, D. h. t.

(17) L. 33 initio, L. 32, § 9, L. 39, pr. initio, L. 70 ebn. avec L. 1, pr., D. h. t.

(18) L. 32, § 9, D. h. t. — *Infra* § 319, I, B.

(19) § 3 i. f., I. h. t.; L. 63, § 9, v^{us} *nisi in coeunda societate aliter convenerit*.

(20) L. 37, D. h. t. — (21) L. 63, § 8, L. 39, pr., D. h. t. — T. II, § 233, II, B.

2° Dans tous les cas, la mort d'un associé ne dissout la société à l'égard des membres survivants qu'après que ceux-ci en ont été informés⁽²²⁾; de plus, les opérations commencées doivent être achevées⁽²³⁾, et sous ce rapport les héritiers du défunt répondent du dol et de la faute lourde⁽²⁴⁾; enfin, l'ensemble des droits et des obligations des associés, du chef de la société dissoute, se transmet à leurs héritiers⁽²⁵⁾.

V. A part la mort proprement dite d'un associé, plusieurs circonstances analogues dissolvent la société; telles sont :

1° La grande et la moyenne diminution de tête, à titre de morts civiles⁽²⁶⁾, et par conséquent aussi la confiscation des biens, puisqu'elle implique au moins une perte de la cité⁽²⁷⁾.

2° L'aliénation mentale d'un associé, en ce sens qu'elle justifie pleinement la renonciation à la société de la part du curateur ou des associés du fou, qui est mort pour la société⁽²⁸⁾.

3° La déconfiture d'un associé, car elle détruit la confiance qui sert de base au contrat social⁽²⁹⁾.

§ 238^{bis}. *De la liquidation de la société.*

I. Une opération préliminaire à la liquidation de la société consiste dans le prélèvement des apports sociaux; mais ce prélèvement n'est pas toujours permis, bien souvent un apport doit demeurer confondu avec la masse à partager. La question de savoir dans quels cas il y a lieu à reprise est des plus délicates, surtout que les lois romaines la passent complètement sous silence. La solution de la question dépend en partie de cette autre, si c'est la propriété ou la simple jouissance qui a été mise en commun; on se rappellera que nous avons admis à ce sujet que les choses consommables entrent

(22) L. 63, § 10, D. h. t. — (25) L. 40, D. h. t.

(24) L. 33 i. f., L. 56, ebn. avec L. 40, D. h. t.; Cf. L. 63, § 9 i. f., D. h. t.

(23) L. 63, § 8, L. 63, § 2 et 9 i. f., D. h. t.; L. 5, C. h. t. — (26) GAIUS, III, 153.

(27) § 7, I. h. t.; L. 63, § 12, D. h. t. — (28) L. 7, C. h. t.

(29) GAIUS, III, 154; § 8, I. h. t.; L. 63, § 1, D. h. t.

dans la société pour la propriété et les choses non consommables pour la jouissance seulement, à moins que les parties n'aient manifesté expressément ou tacitement une volonté contraire, ce qui ne se conçoit que pour les choses non consommables ; ainsi, seront communes quant à la propriété les choses consommables d'une façon absolue, les choses non consommables en vertu de la volonté constatée des parties ; ne seront communes que pour la jouissance les choses non consommables, sauf la preuve du contraire⁽¹⁾. D'après cela :

1° Si l'apport n'affecte que la simple jouissance, le prélèvement est hors de contestation dans tous les cas ; l'associé est en effet resté propriétaire, et si la jouissance avait passé à la société, cette jouissance a pris fin avec la société elle-même, de manière à faire retourner à l'associé la propriété de ses biens libre de toute charge.

2° S'agit-il de choses entrées dans la société pour la propriété, il convient de distinguer si elles sont consommables ou non. Si elles sont *consommables*, la reprise doit encore être considérée comme la règle générale ; on ne peut objecter le transfert de la propriété qui a eu lieu au profit de la société, puisque ce transfert s'est opéré de plein droit, indépendamment d'une manifestation de volonté de la part des associés ; l'on doit admettre que ce transfert n'était fait que pour la durée de la société, afin de lui permettre d'atteindre son but, non-seulement par le motif que dans le doute toute convention s'interprète en faveur du débiteur, mais encore parce que le contrat de société a moins pour but d'avoir des choses en commun que de réaliser des gains au moyen des apports. Par contre, relativement aux choses *non consommables* dont la société est devenue propriétaire, tout prélèvement est exclu, car si ces choses sont entrées dans le patrimoine de la société, ce n'est que par la volonté des associés, et comme ce transfert de la propriété n'était commandé par aucune nécessité, il n'est possible de l'interpréter que par l'intention des contractants de confondre l'apport dans la masse sociale. Parfois aussi il en sera de même pour les choses *consommables*, à cause de la

(1) T. II, § 254, II, 1°.

volonté des parties d'exclure leur prélèvement : tel est le cas où l'autre associé devait en vertu du contrat social mettre en commun pour la propriété des choses non consommables, car, puisque les parties ont voulu exclure par là le prélèvement de ces dernières, comme il vient d'être expliqué, il est conforme à toute vraisemblance d'admettre qu'elles ont également voulu empêcher l'associé qui a mis en commun des choses consommables, de reprendre celles-ci ; il en serait de même, si de deux associés à parts égales l'un fournissait son industrie et l'autre un capital correspondant à peu près à la valeur annuelle de l'industrie du premier, auquel cas à toute évidence les parties n'ont pu vouloir que l'une perdît son travail, tandis que l'autre reprendrait son argent (2).

II. La masse sociale ayant été débarrassée de ses éléments hétérogènes par le prélèvement des apports non destinés à être confondus avec elle, l'on doit procéder à la détermination précise de l'actif et du passif de la société ; à cette occasion on ne négligera pas de comprendre dans l'actif de la société ses créances contre ses membres, du chef de leurs apports ou de l'administration des affaires communes, et réciproquement feront partie du passif de la société ses dettes envers les associés à raison de cette même administration.

III. L'actif et le passif de la société étant ainsi connus, une troisième opération aura pour objet la liquidation des dettes sociales ; à cette fin on emploiera en premier lieu l'argent de la société, en réalisant subsidiairement ses autres biens, et dans le cas d'une nouvelle insuffisance, en faisant appel aux associés pour qu'ils aient à contribuer aux pertes de la manière convenue. Si, au contraire, il reste un excédant d'actif, il se partagera entre les associés pour leurs quotes-parts respectives dans les gains.

(2) Cf. MAYNZ, *Cours de D. R. II*, § 514, p. 264-267.

D) DU MANDAT.

I. *de mandato* 3, 26; *D. mandati vel contra* 17, 1; *C. mandati* 4, 33.

KRITZ. *Pandektenrecht*, 1^{re} partie, I, p. 1-102 et p. 288-343. Meissen, 1853.

HEIMBACH. *Weiske's Rechtslexikon* VII, p. 12-62 (1847).

§ 259. *Notion et conditions.*

Le mandat est un contrat par lequel une personne consent, à la demande d'une autre, à se charger gratuitement d'une affaire; le mandant s'appelle *mandans*, *mandator*, ou encore *dominus*⁽¹⁾, et le mandataire *procurator*⁽²⁾; l'expression de *mandatarius* est d'origine moderne.

I. Quant aux parties contractantes, elles doivent avoir toutes deux la capacité de s'obliger, puisque le mandat est synallagmatique imparfait⁽³⁾.

II. Au point de vue de son objet, le mandat peut consister dans une affaire quelconque, mais la gratuité est de son essence. Examinons séparément ces deux caractères du mandat.

A) Le mandat peut avoir pour objet des actes de toute nature, pourvu, bien entendu, que conformément au droit commun en matière de conventions⁽⁴⁾, la gestion soit possible et licite⁽⁵⁾, et de plus que le mandant y ait intérêt⁽⁶⁾. De cette dernière règle résultent deux conséquences importantes :

1° Le mandat est nul quand il est donné dans l'intérêt exclusif du mandataire, il n'y a alors qu'un bon conseil sans caractère juridique⁽⁷⁾; d'un côté, le mandant n'est pas admis à en poursuivre

(1) § 1, 2 et 11, I. h. t.; L. 7, D. h. t.

(2) L. 1, pr., § 1-3, D. de *procur.* 3, 5; L. 6, § 6, L. 7, D. h. t.

(3) T. I, § 203. — Incapacités spéciales : L. 4, § 5, D. de *postul.* 3, 1; L. 8, § 2, D. de *procur.* 3, 5; Nov. 123, c. 6; Cf. § 11, I. de *except.* 4, 15. — (4) T. I, § 206, I et IV.

(5) GAIUS, III, 137; § 7, I. h. t.; L. 6, § 3, L. 12, § 11, L. 22, § 6, D. h. t.

(6) L. 8, § 6 initio, D. h. t.

(7) Pr. i. f. et § 6 initio, I. h. t.; L. 2, pr. i. f. et § 6, D. h. t.

l'exécution, faute d'intérêt⁽⁸⁾, et de l'autre, le mandataire qui s'étant conformé au conseil a éprouvé un dommage, est sans recours contre le mandant, parce qu'il a agi librement⁽⁹⁾, si ce n'est dans trois cas :

- a) Si le mandant s'est porté garant de la bonté du conseil⁽¹⁰⁾.
- b) S'il l'a donné dans une intention frauduleuse⁽¹¹⁾.
- c) Si l'acte conseillé était de telle nature que sans le conseil il n'eût bien certainement pas été posé, et que le conseil ait été ainsi la cause déterminante du dommage⁽¹²⁾.

2° Est pareillement nul, pour absence d'intérêt chez le commettant, le mandat donné au profit d'un tiers. Mais, comme il a été expliqué précédemment, il se confirme par son exécution volontaire de la part du mandataire⁽¹³⁾, sauf que la simple recommandation, vague et générale, d'un tiers à un ami ne saurait en aucun cas nous obliger envers cet ami, qui a fait quelque chose pour la personne recommandée⁽¹⁴⁾.

B) Le mandat est essentiellement gratuit en droit romain : non-seulement il ne donne pas de plein droit lieu à une rémunération, mais de plus il ne comporte aucune stipulation de salaire ; les Romains le considéraient comme une affaire d'amitié, comme un service⁽¹⁵⁾, non que la stipulation d'un salaire fût prohibée, mais elle transformait le mandat en louage de services ou en contrat innommé, selon que le salaire consistait ou non en argent monnayé⁽¹⁶⁾.

III. Au point de vue de la perfection du mandat, on se contente du consentement des parties⁽¹⁷⁾. Ici comme ailleurs il peut se manifester tacitement : tel est surtout le cas où on laisse gérer ses

(8) Pr. i. f., l. h. t.; L. 2, pr. i. f., D. h. t.

(9) GAIUS, III, 136 initio; § 6 initio, l. h. t.; L. 2, § 6, D. h. t.

(10) L. 1, § 14, D. *depos.* 16, 3, *vis sed si. non video*; L. 32 in medio, D. h. t.; Cf. L. 16, D. h. t. — (11) L. 47, pr., D. *de R. J.* 30, 17.

(12) L. 6, § 3, L. 32, D. h. t.

(13) GAIUS, III, 136 initio; § 6 i. f., l. h. t.; L. 6, § 4, D. h. t. — T. I, § 181.

(14) L. 12, § 12, D. h. t.; L. 13, C. *quod cum eo, qui in al. pot.* 4, 26, *vis Neque familiares epistolae. credita pecunia*. — (15) L. 1, § 4, D. h. t.

(16) § 13, l. h. t.; Cf. L. 6, pr., D. h. t.

(17) L. 1, pr., § 1-3, D. h. t.; § 12, l. h. t.

affaires par quelqu'un sans s'y opposer, gestion qui intervenant à la suite d'un consentement incontestable, ne forme pas un quasi-contrat de gestion d'affaires, mais un contrat de mandat (18).

§ 240. Des diverses espèces de mandats.

I. Par rapport à son objet, le mandat se divise en général et spécial :

A) Est général (*mandatum universorum bonorum*) le mandat qui comprend l'administration de tous les biens du commettant (1). Le principe sur les pouvoirs du mandataire général (*procurator omnium bonorum*) est qu'il a qualité pour poser toutes sortes d'actes d'administration (2), mais non des actes de disposition (3), s'il n'a obtenu à cette fin une autorisation expresse ou tacite (4), autorisation qui ne comprend d'ailleurs pas les actes de libéralité (5).

B) Par contre, le mandat spécial (*mandatum unius rei*) a pour objet des affaires déterminées (6). Nous nous arrêterons un instant à deux de ces mandats concernant une créance, à l'*adjectio solutionis causa* et à l'*adstipulatio*.

1° L'*adjectus solutionis causa* est un mandataire autorisé par le contrat même à recevoir le paiement d'une dette (7); il diffère de celui que le créancier seul charge de recevoir le paiement, en ce que le créancier ne peut le révoquer par sa volonté unilatérale, car le débiteur tient du contrat le droit de se libérer en payant entre les

(18) L. 6, § 2, L. 18, D. *h. t.*; L. 60 initio, D. *de R. J.* 50, 17.

(1) L. 60, § 4 initio, D. *h. t.*

(2) L. 12, pr., D. *de solut.* 46, 5; L. 17, § 16, D. *de injur.* 47, 10; L. 10, § 2 i. f., L. 11-12, D. *de pact.* 2, 14; L. 63 i. f., D. *de procur.* 3, 5; L. 20, § 1 i. f., D. *de novat.* 46, 2.

(3) L. 65, L. 60, D. *de procur.* 3, 5; L. 16, C. *eod.* 2, 15; L. 25, § 1, D. *de minor.* 4, 4.

(4) L. 9, § 4, D. *de A. R. D.* 41, 1; L. 10, C. *quod cum eo, qui in al. pot.* 4, 26; L. 38, D. *de procur.* 3, 5; L. 17, § 3, D. *de jurejur.* 12, 2; L. 60, § 4, D. *h. t.*

(5) L. 28, § 2, D. *de pact.* 2, 14; L. 7, pr., § 1-3, D. *de donat.* 59, 5.

(6) L. 1, § 1, D. *de procur.* 3, 5.

(7) § 4, I. *de inutil. stipul.* 5, 19, v^o *Plane solutio..... mandati actionem*; L. 12, § 1, D. *de solut.* 46, 3.

moins de l'adjoint⁽⁸⁾. Mais l'adjoint n'a aucun autre droit que celui de recevoir le paiement, il n'est point créancier en titre⁽⁹⁾.

2° A la différence de l'adjoint, l'*adstipulator* qui stipule solidairement à côté du créancier proprement dit⁽¹⁰⁾, est réputé créancier en titre vis-à-vis du débiteur, et par conséquent il en a tous les droits⁽¹¹⁾, sauf, comme tout mandataire, à rendre compte au créancier réel de ce qu'il a reçu pour lui⁽¹²⁾.

II. Quant à la personne qui profite du mandat, celui-ci a lieu dans l'intérêt du mandant⁽¹³⁾, ou du mandataire⁽¹⁴⁾, ou d'un tiers⁽¹⁵⁾, ou du mandant et du mandataire⁽¹⁶⁾, ou du mandant et d'un tiers⁽¹⁷⁾, ou enfin du mandataire et d'un tiers⁽¹⁸⁾; mais nous avons vu qu'en ce qui concerne le mandataire et le tiers le mandat est en principe inefficace⁽¹⁹⁾.

§ 241. Des effets du mandat entre parties.

Le mandat est un contrat synallagmatique imparfait : le mandataire est toujours obligé et soumis à l'*actio mandati directa*, le mandant n'est tenu que d'après les circonstances et passible de l'*actio mandati contraria*⁽¹⁾. S'il y a plusieurs mandataires ou plusieurs mandants, ils sont tenus solidairement en vertu de la loi seule⁽²⁾.

(8) § 4, I. cit., v^o cit^{is}; L. 12, § 3, L. 39 initio, L. 106, D. de solut. 46, 3 (T. I, § 186, II, 2°).

(9) L. 7, § 1, D. de pec. constit. 15, 5; L. 33, D. de pignor. 20, 1; L. 25, D. de fidejuss. 46, 1; L. 10, D. de novat. 46, 2; L. 10, D. de solut. 46, 3, cbn. avec L. 122, § 4, D. de V. O. 43, 1. — (10) GAÏUS, III, 110, cf. 112, 113 et 126 i. f.

(11) GAÏUS, III, 111 initio et arg. 215-216.

(12) GAÏUS, III, 111 i. f. — Cf. GAÏUS, III, 215-216 (T. II, § 277, I).

(13) Pr. initio et § 1, I. h. t.; L. 2, pr. initio et § 1, D. h. t.

(14) Pr. i. f., I. h. t.; L. 2, pr. i. f. et § 6 D. h. t. — (15) § 3, I. h. t.; L. 2, § 2, D. h. t.

(16) § 2, I. h. t.; L. 2, § 4, D. h. t. — (17) § 4, I. h. t.; L. 2, § 3, D. h. t.

(18) § 3, I. h. t.; L. 2, § 3, D. h. t. — (19) T. II, § 239, II, A, 1^o 2^o.

(1) L. 3, § 1, L. 19 initio, D. h. t.; § 2 initio, I. de pœna temere litig. 4, 16.

(2) L. 60, § 2, L. 39, § 3, D. h. t.; L. 52, § 3, D. de fidejuss. 46, 1. — En opposition avec une doctrine constante (Voyez surtout MOLITOR, I. c. II, n^o 729 i. f. et 753 i. f. et VANGEROW, Lehrb. III, § 373, Anm. 2 i. f.), MAYNZ (Cours de D. R. II, § 306 avec les notes 11 et 17) n'admet dans l'espèce qu'une simple indivisibilité de l'obligation.

1. *Des obligations du mandataire.* 1° L'obligation capitale du mandataire consiste à exécuter le mandat dont il s'est chargé⁽³⁾, soit conformément à ses instructions⁽⁴⁾, soit d'après la nature des choses⁽⁵⁾; toutes les fois qu'il s'écarte du mandat, il est censé ne pas agir pour son commettant, mais pour son propre compte⁽⁶⁾, en même temps qu'il répond du dommage causé par l'inexécution du mandat⁽⁷⁾. Par application de ce principe, lorsqu'un mandataire chargé de transporter au delà des mers les marchandises des tiers, fait un emprunt ou achète des fournitures pour la réparation du navire, il n'a de recours contre l'armateur que pour autant que ces marchés ont servi à leur fin, et le tiers prêteur ou vendeur qui veut sauvegarder ses droits contre l'armateur, s'il n'est pas précisément tenu de surveiller l'emploi de l'argent ou des fournitures, doit au moins constater la nécessité des réparations alléguées par le préposé⁽⁸⁾; cependant ce dernier a le droit, en cas de nécessité évidente, de s'écarter de ses instructions, par la raison que les besoins de la navigation dépendent tellement des circonstances qu'on ne saurait les prévoir tous à l'avance, le préposé devait jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire, sinon sa tâche serait devenue impossible⁽⁹⁾; il va aussi de soi que si un mandataire quelconque a dépensé pour l'exécution de son mandat plus qu'il n'en avait le droit, il est en son pouvoir de rendre le mandat valable en prenant à sa charge personnelle l'excédant des dépenses, bien que les Sabinien eussent défendu l'opinion contraire⁽¹⁰⁾. Au reste, le mandataire peut remplir le mandat en personne ou par l'intermédiaire d'un

(3) § 11 initio, I. h. t.; L. 17, § 3, D. commod. 13, 6, *vis voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare*; L. 22, § 11 initio, D. h. t.

(4) § 8 initio, I. h. t.; L. 5, pr. et § 3, D. h. t.; L. 12, C. h. t.; L. 46 in medio, D. h. t., L. 10 initio, C. de procur. 2, 13.

(5) L. 46 i. f., L. 48, § 2, L. 43, § 4, L. 60, § 4, L. 62, § 1, D. h. t.; L. 10 i. f., C. de procur. 2, 13.

(6) L. 5, pr., § 2-4, L. 55, L. 60, § 4, D. h. t.; L. 63, pr., D. de contr. emt. 18, 1.

(7) GAIUS, III, 160 initio; PAUL, II, 13, § 3.

(8) L. 1, § 8-11, D. de exerc. act. 14, 1. — (9) L. 1, § 3, *vis Quid tamen.....*, D. eod.

(10) GAIUS, III, 161, *vis at ille.....*; § 8, I. h. t.; L. 3, § 2, L. 4, L. 41, D. h. t.

tiers⁽¹¹⁾, si son aptitude personnelle n'a pas été prise en considération dans le contrat⁽¹²⁾; mais cette substitution n'altère en rien les rapports primitifs entre le mandant et le mandataire, lequel est responsable de la mauvaise exécution du mandat, tout comme s'il l'avait exécuté lui-même⁽¹³⁾.

2° Le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion⁽¹⁴⁾ et de remettre au mandant tout ce qu'il a acquis pour lui⁽¹⁵⁾; il répond des fautes commises et du préjudice qui en est résulté pour le mandant, alors même que sous d'autres rapports il lui aurait procuré des gains équivalents, car ses actes de bonne gestion ne sont que l'accomplissement d'un devoir et ne sauraient justifier ses fautes⁽¹⁶⁾. A cause de la confiance que suppose le mandat, le dol du mandataire lui fait encourir l'infamie⁽¹⁷⁾.

II. *Des obligations du mandant.* 1° Le mandant doit rembourser au mandataire ses dépenses légitimes avec les intérêts; car si le travail du mandataire est gratuit, il ne doit pas pour cela mettre du sien dans les affaires d'autrui⁽¹⁸⁾.

2° Le mandant est astreint à réparer les pertes dont le mandat a été la cause pour le mandataire⁽¹⁹⁾.

3° Il doit le décharger des obligations contractées dans l'exécution du mandat⁽²⁰⁾.

(11) L. 8, § 3 initio, D. h. t.

(12) Cf. L. 8, § 3 i. f., D. cit. et L. 74, D. de procur. 3, 3.

(13) L. 8, § 3 initio, D. h. t., L. 2, § 1, D. si mentor fals. mod. dix. 11, 6; L. 21, § 3, cf. L. 28, D. de neg. gest. 3, 3.

(14) L. 9, pr. initio, D. de edendo 2, 13; L. 46, § 4 initio, D. de procur. 3, 3.

(15) L. 8, pr. et § 10, L. 10, § 2, L. 20, pr. initio, L. 43, L. 43, pr. i. f. et § 3, L. 33, L. 39, pr., D. h. t., L. 49, § 2, D. de A. v. A. P. 41, 2.

(16) L. 23, § 1, L. 23, L. 26, D. pro socio 17, 2; Cf. L. 10, pr., D. de compens. 16, 2.

(17) § 2 initio, l. de pœna temere litig. 4, 16; L. 1 initio, L. 6, § 3-7, D. de his, qui not. inf. 3, 2.

(18) Paul, II, 13, § 2; L. 10, § 9, L. 12, § 9, L. 27, § 4, D. h. t.; L. 1, C. h. t.

(19) Cf. L. 26, § 6-7, D. h. t. et L. 61, § 3, D. de furt. 47, 2.

(20) L. 43, pr., § 2, 3 et 3, D. h. t.

§ 242. Des effets du mandat à l'égard des tiers.

BUCHKA. *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*. Rostock et Schwerin, 1852.

DE SAVIGNY. *Obligationen* II, § 34-39. Berlin, 1853.

IHERING. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen R. u. D. P. R. T. I*, p. 273-330 (1837), et T. II, p. 67-180 (1838).

VON SCHEURL. *Eodem* II, p. 1-34 (1838).

HEIMBACH. *Weiske's Rechtslexikon* XII, p. 797-815 (1858).

BAHR. *Jahrbücher* précités VI, p. 151-186 (1863).

I. *Historique et principes fondamentaux*. 1° L'ancienne jurisprudence romaine se tenant étroitement au principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre parties, n'admettait aucune espèce de représentation : le mandataire devait traiter avec les tiers pour le compte du mandant comme s'il avait agi pour son compte personnel ; il promettait ou stipulait en nom propre, n'obligeant que lui-même ou n'obligeant qu'envers lui-même. Dans le premier cas, il pouvait seulement se faire libérer de son obligation par le mandant, ou réclamer après coup une indemnité pour ce qu'il avait payé⁽¹⁾ ; dans le second, le mandant devait se faire céder les actions de son mandataire contre le tiers⁽²⁾, ou forcer dans la suite le mandataire à lui rendre compte de ce qu'il avait reçu⁽³⁾. C'était là un circuit de rapports : le mandataire et le tiers commençaient par s'arranger entre eux, puis le mandataire réglait avec le mandant ; ou bien s'il s'établissait un rapport entre le mandant et le tiers, ce n'était qu'après que le mandant s'était obligé à la place de son mandataire, ou avait obtenu de ce dernier la cession de ses actions.

2° Déjà sous la république, le prêteur avait ouvert une poursuite directe au profit des tiers contre le mandant à l'occasion de certains mandats, surtout commerciaux, confiés à des enfants sous puissance ou à des esclaves ; il se forma ainsi une série d'actions différentes, dont nous exposerons plus loin la théorie⁽⁴⁾.

(1) T. II, § 241, II, 1^o et 3^o. — (2) T. II, § 241, I, 2^o.

(3) L. 8, § 10 i. f., L. 45, L. 59 pr., D. h. t ; L. 49, § 2, D. de A. v. A. P. 41, 2.

(4) GAIUS, IV, 69-72 et 75 initio ; pr., § 1-3 et 4 initio, I. *quod cum eo, qui in al. pot.* 4, 7. — Infra II du présent paragraphe.

3° Vers l'époque classique ces règles furent généralisées. On accorda une action aux tiers contre le mandant, quelle que fût la nature du mandat⁽⁵⁾ ou la qualité du mandataire⁽⁶⁾. Par réciprocité, on permit au mandant de poursuivre directement les tiers par une action utile *quasi ex jure cesso*, en le dispensant de la formalité de la cession⁽⁷⁾. Il résulte de là que, dans la législation de Justinien, il existe de fait une représentation : le mandataire n'est plus qu'un intermédiaire dont les tiers et le mandant se servent ou se passent à volonté : le tiers créancier a le choix entre la poursuite du mandataire et celle du mandant⁽⁸⁾, et de son côté le mandant peut laisser agir le mandataire contre le tiers débiteur, ou attaquer lui-même ce dernier; que si dans la seconde hypothèse le mandant et le mandataire actionnent simultanément le tiers, le mandataire doit se retirer devant le mandant, pour le compte duquel il voulait agir⁽⁹⁾.

4° Nous croyons même pouvoir aller plus loin : le tiers créancier n'a le droit de poursuivre que le mandant, quand le mandataire s'est renfermé dans les limites de son mandat et a nommé son principal au tiers; sous ces conditions, le mandant ne saurait se plaindre d'avoir à répondre à l'action du tiers, ni celui-ci d'avoir exclusivement le mandant pour débiteur; de cette manière ce sera le tiers qui supportera l'insolvabilité du mandant⁽¹⁰⁾.

(5) L. 51, pr., D. de neg. gest. 3, 5; L. 16, L. 19, pr., D. de instit. act. 14, 3; L. 10, § 3, D. h. t.; L. 15, § 23, D. de A. E. et V. 19, 1; L. 5, L. 6, C. de exerc. et instit. act. 4, 23.

(6) § 2 i. f., I. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 7; L. 1, § 4, D. de exerc. act. 14, 1; L. 1, D. de instit. act. 14, 3.

(7) L. 15, § 23 i. f., D. de A. E. et V. 19, 1; L. 5, § 9, D. de pec. constit. 13, 3; Cf. L. 1, § 18 i. f., D. de exerc. act. 14, 1 et L. 1 i. f. et 2, D. de instit. act. 14, 3 (Cf. T. I, § 176, IV). — En ce sens NAMUR, *Institutes* II, § 248, 2° et MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 507 et note 7; mais voyez MÜHLENBRUCH, *Cession* p. 135 sq. et SCHILLING, *Lehrb.* III, § 522 initio. — Le système d'une représentation pure et simple, défendu par DE SAVIGNY, l. c., n'a pas trouvé d'appui. — (8) L. 28 initio ebn. avec L. 27, § 1, D. de procur. 3, 5.

(9) L. 1, § 17, L. 3, § 1, D. de exerc. act. 14, 1; L. 29, D. de procur. 3, 3.

(10) L. 6, § 1 initio, D. de neg. gest. 3, 5; L. 20, D. de instit. act. 14, 3; L. 4, C. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 26; L. 1-2, C. credit. evict. non debere 8, 46 et L. 67, D. de procur. 3, 3; Cf. L. 49, D. h. t. — UNTERHOLZNER, l. c. I, § 93, B i. f. — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 507 et note 12. — Cf. SCHILLING, *Lehrb.* III, § 522 et note n et SINTENIS, *Civilrecht* II, § 102, *Anm.* 13 in medio.

3° Plusieurs mandants sont tenus solidairement envers le tiers, comme envers le mandataire⁽¹¹⁾.

II. *Des actions ouvertes aux tiers contre le mandant.* Ces actions sont appelées, suivant les circonstances, *quod jussu*, exécutoire, tributoire, institoire ou quasi-institoire; en définitive, ce sont les actions ordinaires appartenant aux tiers contre le mandataire à raison du marché conclu entre eux; mais à l'action ordinaire on ajoute l'une des cinq qualifications prémentionnées, pour indiquer que le mandant n'est poursuivi qu'à cause du mandat et non comme s'étant personnellement engagé envers le tiers; de là l'expression moderne d'*actiones adjectitiae qualitatibus*.

1° L'action *quod jussu* supposait un mandat précis et déterminé, un marché passé par le mandataire à la suite d'une instruction directe du mandant⁽¹²⁾; au contraire, les quatre autres actions se réfèrent à des mandats plus ou moins indéterminés et laissant ainsi une certaine latitude au mandataire. L'action *quod jussu* demeura toujours restreinte aux mandataires sous puissance; elle tire son nom des premiers mots de la formule.

2° L'action exécutoire s'appliquait à une espèce unique mais importante du mandat commercial, au cas où un armateur qui exploite un navire (*exercitor*), avait institué un préposé (*magister navis*), pour transporter au delà des mers les marchandises des tiers qui s'adresseraient à lui à cette fin. C'est l'armateur, le mandant, qui donne son nom spécial à l'action⁽¹³⁾.

3° L'action tributoire avait déjà une sphère plus étendue que la précédente : elle comprenait tous les mandats commerciaux, à condition qu'ils fussent confiés à une personne sous puissance investie de l'administration d'un pécule; mais le mandant n'y était tenu que dans les limites du fonds commercial, qui devait se répartir

(11) L. 1, § 25, L. 2-4, D. de exerc. act. 14, 1; L. 15, § 2, L. 14, D. de instit. act. 14, 3; L. 27, § 8, D. de pec. 15, 1; L. 5, § 4, D. quod jussu 15, 4.

(12) Gaius, IV, 70; § 1, I. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 7; L. 1, pr., § 3 et 4, L. 3, L. 4, cf. L. 1, § 1, D. quod jussu 15, 4.

(13) Gaius, IV, 71 initio; § 2 initio, I. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 7; L. 1, pr.

entre tous les créanciers du mandataire, y compris le mandant, en proportion du montant de leurs créances respectives⁽¹⁴⁾; c'est pourquoi les créanciers qui se présentaient les premiers, devaient donner caution de rapporter éventuellement ce qu'ils auraient touché de trop, de manière à garantir les droits de ceux qui pouvaient encore survenir dans la suite⁽¹⁵⁾. Si le mandataire avait fait plusieurs commerces distincts, chaque fonds commercial se partageait séparément⁽¹⁶⁾. C'est du partage prémentionné que notre action tire son nom.

4° L'action institoire va beaucoup plus loin : elle admet qu'à l'occasion des mandats commerciaux le mandant est tenu d'une manière absolue vis-à-vis des tiers, non-seulement sur les biens avec lesquels le mandataire a fait le négoce, mais sur tout son patrimoine. Elle emprunte son nom à la personne du mandataire (*institor*)⁽¹⁷⁾.

5° Enfin, l'action quasi-institoire est l'extension de la précédente aux mandats civils⁽¹⁸⁾.

§ 243. *Comment le mandat prend fin.*

Le mandat se termine :

- I. Par son exécution de la part du mandataire.
- II. Par l'arrivée d'un terme ou l'avènement d'une condition résolutoires.
- III. Par le consentement mutuel des parties⁽¹⁾. Ce consentement n'est pas même indispensable, et la volonté unilatérale des parties suffit généralement pour mettre fin au mandat. Ainsi :
 - 1° D'abord le mandant a une liberté illimitée de révoquer le

initio, § 1, 3, 7, 8, 12 et 13, cf. § 2 et 3, D. de exerc. act. 14, 1; L. 4, C. de exerc. et instit. act. 4, 23.

(14) GAIUS, IV, 72; § 3, I. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 7; L. 1, pr., § 1-3, L. 3, § 4-14, cf. L. 7, § 1, D. de tribut. act. 14, 4. — (15) L. 3, § 19, L. 6, D. eod.

(16) L. 3, § 13-16, D. eod.

(17) GAIUS, IV, 71 i. f.; § 2 in medio, I. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 7; L. 1 initio, L. 3, L. 4, pr., § 1-13, D. de instit. act. 14, 3; L. 1 initio, L. 2, L. 3, C. de exerc. et instit. act. 4, 23. — (18) Voyez les textes de la note 5.

(1) § 4, I. quib. mod. oblig. toll. 3, 29.

mandat⁽²⁾, d'une façon tacite aussi bien qu'expresse⁽³⁾; en effet, la base essentielle de notre contrat étant la confiance dans le mandataire, le mandant devait avoir la faculté de le révoquer dès qu'il avait perdu sa confiance. Aussi la révocation est-elle possible alors même que le mandat aurait déjà reçu un commencement d'exécution, sauf dans ce cas l'indemnité due au mandataire, et c'est cette indemnité seule qu'ont en vue les lois qui ne permettent au mandant d'user de son droit de révocation que si les choses sont encore entières⁽⁴⁾. Mais la révocation n'a d'effet vis-à-vis du mandataire⁽⁵⁾ ou des tiers⁽⁶⁾ que du jour où ils en ont acquis connaissance, car jusque-là ils sont en droit de considérer le mandat comme continuant d'exister.

2° De son côté le mandataire peut se désister du mandat par sa simple volonté; la raison en est qu'en acceptant le mandat il voulait rendre service au mandant ou l'obliger; dès lors, s'il est venu à changer de sentiment dans la suite, il serait injuste de le forcer à remplir le mandat malgré lui. Cependant, il faut toujours que la retraite du mandataire ne soit pas intempestive, sinon il doit indemniser le mandant du préjudice que lui cause son désistement arbitraire⁽⁷⁾, à moins qu'il n'existe une cause légitime de retrait immédiat⁽⁸⁾.

IV. Enfin le mandat se termine encore, en vertu d'une autre dérogation au droit commun, par la mort de l'une des parties, mandant⁽⁹⁾ ou mandataire⁽¹⁰⁾, car le mandant contracte en vue de la personne du mandataire, qui de son côté ne veut obliger que le mandant. Toutefois :

1° Le mandat subsiste après la mort du mandant si celui-ci a stipulé pour ses héritiers⁽¹¹⁾, ce qui peut avoir lieu d'une manière tacite⁽¹²⁾.

(2) L. 12, § 16, D. h. t. — (3) L. 51, § 2, D. de procur. 3, 3.

(4) GAIUS, III, 139; § 9, I. h. t.; L. 1, § 2, D. quod jussu 13, 4.

(5) L. 1, § 2 i. f., D. cit.; L. 13, D. h. t.

(6) L. 12, § 2, L. 54, § 3, L. 58, § 1, L. 51, D. de solut. 46, 3.

(7) § 11, I. h. t.; L. 22, § 11, D. h. t.

(8) § 11 i. f., I. cit.; L. 25-25, L. 27, § 2 in medio, D. h. t.; PAUL, II, 13, § 1.

(9) GAIUS, III, 160 initio; § 10 initio, I. h. t.; L. 26, pr. initio, D. h. t.

(10) GAIUS, I. c.; § 10 initio, I. cit.; L. 27, § 3 initio, D. h. t.

(11) L. 13, D. h. t. — (12) L. 12, § 17, cf. L. 27, § 1, D. h. t.

2° Le décès du mandant doit être parvenu à la connaissance du mandataire⁽¹³⁾ et des tiers⁽¹⁴⁾.

3° Dans tous les cas, les opérations commencées doivent être achevées au profit des héritiers du mandant ou par les héritiers du mandataire⁽¹⁵⁾.

E) DU CONTRAT EMPHYTÉOTIQUE; § 244.

D. si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, pectatur 6, 3; *C. de jure emphyteutico* 4, 66.

I. *Notion et conditions.* Le contrat emphytéotique est celui qui a pour objet l'établissement d'un droit d'emphytéose; ce droit en est une conséquence.

1° En ce qui concerne les parties contractantes, le constituant doit être capable d'aliéner, car il s'agit de constituer un droit réel, par conséquent de faire une aliénation partielle; de son côté, le preneur doit pouvoir s'obliger.

2° Quant à son objet, le contrat emphytéotique suppose un fonds de terre et une rente périodique.

3° Quant à sa perfection, le seul concours de volontés suffit⁽¹⁾; mais il était usuel de dresser un écrit en vue de la preuve, à cause de la longue durée du contrat⁽²⁾.

II. *Effets.* Le contrat emphytéotique est synallagmatique parfait, et à ce titre produit toujours une double action, que les modernes ont qualifiée d'*actio emphyteuticaria*. Nous nous référons pour les obligations réciproques des parties à la théorie du droit d'emphytéose⁽³⁾.

III. *Extinction.* Même renvoi⁽⁴⁾.

(13) *GAIUS*, III, 160 in medio; § 10 in medio, I. h. t.; L. 26, pr. i. f., D. h. t.

(14) *GAIUS*, III, 160 i. f.; § 10 i. f., I. h. t.; L. 26, § 1, D. h. t.; L. 52, D. de solut. 46, 3.

(15) *Arg. L. 1, pr., D. de fidej. et nomin.* 27, 7 et L. 40, D. pro socio 17, 2; Cf. § 10 initio, I. h. t.

(1) *Nov. 120, c. 6, § 1, vis voluntate et consensu.*

(2) L. 1, vis scriptura interveniente, L. 2, vis in emphyteuticis instrumentis, L. 3, vis emphyteuticum instrumentum et instrumentum emphyteusos, C. h. t.

(3) T. I, § 133. — (4) T. I, § 134.

F) DE LA DONATION.

I. 2, 7, D. 39, § et C. 8, §4, *de donationibus*.

KLINKHAMER. *Commentatio de donationibus*. Amsterdam, 1826.

VON MEYERFELD. *Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht* T. I et T. II 1^{re} partie. Marbourg, 1853-1857.

DE SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts* IV, p. 1-297 et 563-601. Berlin, 1844.

SCHILLING. *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts* III, § 348-364, p. 741-977. Leipzig, 1846.

HEIMBACH (senior). *Weiske's Rechtslexikon* IX, p. 641-709, cf. 709-722 (1853).

§ 243. *Historique des donations.*

I. Durant plus de cinq siècles, les donations demeurèrent sous tous les rapports soumis au droit commun : il fallait pour leur validité observer les règles ordinaires. Ainsi, s'agissait-il de transférer au donataire une chose corporelle ou incorporelle, on recourait d'après la diversité des circonstances à la mancipation⁽¹⁾, à la cession judiciaire, à la tradition⁽¹⁾ ou à la quasi-tradition, à la cession des créances⁽²⁾, ou encore à la novation, c'est-à-dire que le donateur déléguait un de ses débiteurs au donataire *animo novandi*⁽³⁾. Fallait-il libérer le donataire d'une charge, on disposait de l'acceptilation⁽⁴⁾ et du pacte *de non petendo*⁽⁵⁾. Enfin, le donateur ne voulait-il faire actuellement qu'une promesse de donner, il y avait lieu à une stipulation⁽⁶⁾.

II. En l'année 530 de Rome, cette théorie fut essentiellement modifiée par un plébiscite célèbre, la loi *Cincia de donis et muneribus*⁽⁷⁾.

(1) *Vatic. fragm.* 263.

(2) L. 2, C. h. t. et *Vatic. fragm.* 263, v^o *inchoatis litibus actiones novavit*.

(3) *Vatic. fragm.* 263, v^o *interpositis delegationibus*. — (4) L. 17, D. h. t.

(5) L. 9, pr. i. f., D. h. t. — (6) *Vatic. fragm.* 263 initio.

(7) RUDORFF. *Disertatio de lege Cincia*. Berlin, 1823. — FRANCKE. *Zivilistische Abhandlungen* n° 1. Göttingen, 1826. — HASSE. *Rheinisches Museum* I, p. 185-248 (1827) et III, p. 174-182 (1829). — UNTERHOLZNER. *Eod.* II, p. 456-462 (1828) et III, p. 153-173 (1829).

A) Cette loi contenait sur la matière des donations deux dispositions principales, deux restrictions aux donations.

1° Elle commençait par soustraire les donations au droit commun pour leur perfection, en décidant que cette perfection ne daterait plus que du moment où la convention des parties aurait reçu sa pleine et entière exécution : il ne suffisait plus d'une simple stipulation, ni d'une mancipation ou d'une cession judiciaire, encore moins d'une tradition⁽⁸⁾; il fallait, outre le concours de volontés des parties, pour les *res Mancipi* une mancipation ou une cession judiciaire avec la tradition⁽⁹⁾, pour les *res nec Mancipi* la tradition⁽¹⁰⁾ et de plus, s'il s'agissait de meubles, une possession de six mois, par la raison que le donateur l'emportait encore au possessoire par l'interdit *utrubi* aussi longtemps que, dans l'année antérieure à l'exercice de l'interdit, sa possession avait été plus longue que celle du donataire⁽¹¹⁾; d'après le même principe, la mancipation ou la cession judiciaire pouvait être suppléée par l'usucapion⁽¹²⁾. Tant que la donation n'avait pas acquis ce degré de perfection, le donateur pouvait, soit se refuser à son exécution, en opposant au donataire l'exception de la loi Cincia⁽¹³⁾, soit revenir sur la libéralité, en exerçant la revendication ou l'interdit *utrubi*⁽¹⁴⁾.

2° La loi Cincia prohibait ensuite les donations supérieures à un certain taux, alors même qu'elles avaient reçu leur entière exécution⁽¹⁵⁾; si la libéralité dépassait le maximum légal, elle était réduite jusqu'à due concurrence⁽¹⁶⁾; mais nous ignorons complètement le montant de ce maximum, il n'existe à cet égard que de pures conjectures⁽¹⁷⁾. En conséquence, si la donation excédait le taux fixé par la loi, le donateur avait la faculté de répéter l'excédant par la *con-*

(8) *Vatic. fragm.* 511 initio. — (9) *Vatic. fragm.* 515 initio.

(10) *Vatic. fragm.* 515 initio, 516 et 259 initio.

(11) *Vatic. fragm.* 511 i. f. et 295, 1^o i. f.

(12) *Vatic. fragm.* 259 in medio et 295, 1^o, v^o *usucapta*.

(13) Arg. *Vatic. fragm.* 510, cf. 266, v^{is} *unde si quis..... sed et heres ejus*.

(14) *Vatic. fragm.* 511 i. f. et 295, 1^o i. f.

(15) *Vatic. fragm.* 504 et *ULPIEN, præf.*, 1, cbn. avec L. 21, § 1 et L. 24, D. *h. t.*

(16) L. 21, § 1, D. *h. t.*

(17) Pour les uns c'est 20,000 sesterces (Arg. Gaius, III, 124 et L. 8, C. Théod. *de*

dictio ob injustam causam⁽¹⁸⁾; dans le cas spécial où il avait délégué au donataire un débiteur d'une somme trop forte, il disposait de cette *condictio* contre le donataire qui s'était déjà fait payer par le débiteur délégué, sinon il poursuivait ce débiteur lui-même par son ancienne action restituée, à l'effet d'obtenir l'excédant du taux légal⁽¹⁹⁾; enfin, s'il s'était obligé pour une somme trop forte à la place du donataire, il exerçait contre ce dernier la *condictio ob injustam causam*, dans le but de se faire décharger de l'obligation pour l'excédant⁽²⁰⁾.

Les divers moyens que nous venons d'indiquer pour attaquer une donation illégale à raison de sa forme ou de son montant, paraissent ne pas avoir été introduits par la loi Cincia, qui d'après toute vraisemblance était une loi imparfaite⁽²¹⁾, mais par le prêteur et la doctrine des juristes.

B) Le système de la loi Cincia n'était pas absolu. D'abord, une donation illégale se confirmait par le silence du donateur durant toute sa vie; ses héritiers devaient dans ce cas tenir la donation⁽²²⁾. De plus, un grand nombre de libéralités demeurèrent affranchies des prescriptions de la loi Cincia et soumises au droit commun, c'étaient :

1° Les libéralités qui ne présentaient pas les caractères généraux des donations, tels qu'ils seront déterminés plus loin⁽²³⁾.

2° Les donations entre parents jusqu'au cinquième degré inclusivement⁽²⁴⁾, comme aussi les donations entre personnes unies par un lien de puissance⁽²⁵⁾, et les constitutions de dot faites au profit d'une parente sans aucune limitation de degré⁽²⁶⁾.

sponsal. 3, 5), pour les autres 1000 as seulement (Arg. GAIUS, II, 225). — Voyez SCHILLING, l. c. § 556 et note p.

(18) Arg. L. 6, D. de donat. inter V. et U. 24, 1, L. 21, § 1 i. f., D. h. t. et L. 5, § 3, D. de doli mali except. 44, 4. — (19) L. 21, § 1, D. h. t.

(20) L. 5, § 3, D. de doli mali except. 44, 4. — (21) Arg. ULPEN, *præf.*, 1.

(22) *Vatic. fragm.* 259 i. f., 266 i. f., 294, v^{ie} *Diversa ratio*..... *perimit*, 312 et 313 i. f.

(23) L. 25, pr., D. h. t.; L. 5, L. 18, C. h. t. — *Infra* § 246, II, 1°.

(24) Et entre cousins issus de germains (*sobrini*), bien qu'ils fussent du sixième degré. — ULPEN, *præf.*, 1; *Vatic. fragm.* 298 initio, 299 et 301.

(25) *Vatic. fragm.* 298 i. f. et 300. — (26) *Vatic. fragm.* 303-306.

3° Les donations entre alliés en ligne directe, entre époux ou fiancés⁽²⁷⁾.

4° Les donations faites par un affranchi à son patron ou aux enfants de celui-ci⁽²⁸⁾.

5° Les donations d'un tuteur en gestion en faveur de son pupille⁽²⁹⁾.

6° Les donations d'une personne sauvée de la mort au profit de son sauveur⁽³⁰⁾.

III. Demeurée en vigueur jusqu'après l'époque classique, la loi *Cincia* fut virtuellement abrogée au commencement du quatrième siècle de notre ère par les empereurs Constance Chlore et Constantin le Grand, qui introduisirent un système tout nouveau, mais des plus formalistes. A la vérité, ces empereurs accordent force obligatoire à toutes les donations, quel qu'en soit l'import, ou du moins ils ne mentionnent plus dans leurs constitutions un maximum légal, lequel était sans doute tombé insensiblement en désuétude dans la période antérieure⁽³¹⁾; mais ils se montrent d'autant plus sévères pour la perfection et la forme des donations. Ils exigent en effet, à part l'accord du donateur et du donataire, une triple formalité, savoir un écrit dressé devant témoins⁽³²⁾, la remise solennelle de la chose devant les voisins et autres témoins⁽³³⁾, enfin la transcription de la donation dans les registres publics⁽³⁴⁾. Mais Théodose II et Valentinien III dispensèrent de la condition de l'écriture⁽³⁵⁾; de son côté Zénon remit la convocation des voisins et des autres témoins pour assister à la remise de la chose donnée⁽³⁶⁾, et Justinien abrogea la nécessité de la tradition elle-même⁽³⁷⁾; le dernier empereur

(27) *Vatic. fragm.* 502-503. — (28) *Vatic. fragm.* 507-509.

(29) *Vatic. fragm.* 504. — (30) *PAUL*, V, 11, § 6; Cf. *L.* 54, § 1, *D. h. t.*

(31) *SCHULING*, l. c. § 538, *Erinnerung*.

(32) *Vatic. fragm.* 249, 2^o, 3^o, 4^o et 5^o initio (*L.* 1, *C. Théod. de donat.* 8, 12, cf. *L.* 23, § 1, *C. J. h. t.*). — (33) *Vatic. fragm.* 249, 3^o i. f. (*L.* 1, *C. Théod. cit.*).

(34) *Vatic. fragm.* 249, 6^o (*L.* 1, *C. Théod. cit.* et *L.* 23, § 1 i. f., *C. J. h. t.*).

(35) *L.* 29, cf. *L.* 31 i. f., *C. h. t.*

(36) *L.* 31, *C. h. t.*, v^{is} *In donationibus.....sufficiant*, cf. v^{is} *Verum et.....subscriperit*.

(37) *L.* 53, § 3, v^{is} *Sin autem hoc.....*, *C. h. t.*; § 2, l. *h. t.*, v^{is} *Perficiuntur autem.....incumbat donatori*; Cf. *L.* 8, pr., *C. Théod. de sponsal.* 3, 3.

restreignant encore la troisième condition du système de Constantin, celle de la transcription, ne l'exigea plus que pour les donations considérables ou supérieures à 500 solides (7,500 fr.)⁽⁵⁸⁾; enfin, abstraction faite de cette formalité, il attacha force obligatoire à la seule convention des parties, en faisant de la promesse de donner un pacte légitime affranchi de la forme de la stipulation⁽⁵⁹⁾.

§ 246. *Notion et conditions des donations.*

La donation (*donatio*, de *dono datum*⁽¹⁾) est une convention par laquelle une personne, dans l'intention d'en avantager une autre, se dépouille ou promet de se dépouiller de quelque chose.

I. Quant aux parties contractantes, le donateur doit être capable d'aliéner, puisqu'il s'agit de faire une aliénation⁽²⁾; par contre, la capacité d'acquiescer suffit chez le donataire⁽³⁾, sauf qu'à l'occasion d'une donation modale il doit pouvoir s'obliger. Des incapacités spéciales frappent plusieurs autres personnes, et surtout les mineurs, alors même que le magistrat aurait approuvé la donation, car celle-ci n'est ni nécessaire ni avantageuse pour le mineur⁽⁴⁾; mais la donation peut se confirmer d'après le droit commun, ce qui a lieu tacitement si le mineur arrivé à sa majorité garde le silence dix ans entre présents ou vingt ans entre absents⁽⁵⁾.

(58) § 2, I. h. t., v^{is} *Et quum retro..... statuit*; L. 56, § 5, C. h. t.; Cf. L. 8, pr., C. Théod. de sponsal. 5, 5, L. 19, C. J. de sacros. eccl. 1, 2 et L. 54, pr., C. J. h. t.

(59) § 2, I. h. t., v^{is} *Perficiuntur autem..... manifestaverit*; L. 55, § 5, C. h. t.; L. 57, C. cod.; Cf. Vatic. fragm. 514 et L. 4, C. Théod. de donat. 8, 12.

(1) L. 55, § 1, D. de mortis causa donat. 39, 6; Cf. L. 194, D. de V. S. 50, 16.

(2) Cf. L. 165, L. 165, D. de R. J. 30, 17. — L. 2, C. de bonis mat. 6, 60.

(3) L. 9, § 3, D. h. t.

(4) L. 5, C. si major factus alien. 5, 74, v^{is} *Quum autem donationes..... firmitatem habebit*; L. 1, § 1 et 2 initio, D. de tut. act. 27, 5; Cf. L. 1, § 2 i. f., D. eod. et L. 4, C. de præd. 5, 71.

(5) L. 5, C. si major factus alien. 5, 74, v^{is} *nisi post.....* (T. I, § 55, I, A, 50, c). — Pour d'autres incapacités voyez 1^o L. 6, pr., L. 9, pr., L. 10, C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 22, c. 27-28 (T. II, § 501, II, A, 20). — 2^o Nov. 89, c. 12, pr., § 1-3 et c. 15; Cf. L. 2, C. de natur. lib. 5, 27 (T. II, § 518, I, A, 40). — 3^o L. 9, § 3, C. de natur. lib. 5, 27; Nov. 89, c. 5, pr. — 4^o L. 5, C. ad actum Orphit. 6, 57. — 5^o L. 43, C. de episc. 1, 5. — 6^o les textes de la note 7.

II. Quant à son objet, la donation suppose deux choses : 1^o un avantage qui ne soit ni illicite ni immoral, et qui implique une diminution de patrimoine pour le donateur et une augmentation correspondante dans le patrimoine du donataire. Ainsi, il est de l'essence de la donation qu'il y ait avantage, libéralité en faveur de l'une des parties : point de donation, si d'une manière ou d'autre il existait un lien obligatoire astreignant à faire ce que l'on a fait; *donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur* (6). De plus, l'avantage que la donation est destinée à procurer, ne peut avoir une cause illicite ou immorale, sinon elle est nulle conformément aux principes généraux (7). En dernier lieu, la donation doit avoir pour résultat de produire une diminution de patrimoine chez le donateur (8), et une augmentation de patrimoine chez le donataire (9), car on ne peut dire de celui qui ne se dépouille de rien qu'il donne quelque chose, ni de celui qui ne s'enrichit de rien qu'il reçoit quelque chose; sans doute il y aura toujours libéralité, mais on n'appliquera pas la théorie des donations. Moyennant les caractères prémentionnés, la donation est susceptible d'avoir pour objet des avantages de toute nature (10).

2^o La donation exige que le donateur ait l'intention d'avantager le donataire (*animus donandi*); cette intention est de l'essence d'une libéralité, laquelle suppose, à côté de l'élément objectif de l'avantage, un élément subjectif, la volonté directe et positive de gratifier (11).

(6) L. 29, pr., D. h. t.; L. 19, § 4, D. h. t.; L. 5, § 13, L. 21, pr., L. 31, § 6, D. de donat. inter V. et U. 24, 1.

(7) L. 6 in medio, C. ad leg. Jul. repet. 9, 27; Nov. 161, c. 1; Cf. L. un., § 1-5, C. de contract. jud. 1, 53. — L. 6, C. cit.; Nov. 8, c. 1 et Nov. 161, c. 2; Cf. L. 31, C. de epis. 1, 5 et Nov. 125, c. 2, § 1.

(8) L. 28, pr. i. f., D. de V. S. 30, 16; L. 5, § 8, 15 et 14, L. 25 in medio, L. 31, § 7, D. de donat. inter V. et U. 24, 1; L. 25, pr., D. h. t.; L. 18 initio, D. quæ in fraud. credit. 42, 8 et L. 11, C. ad actum Vell. 4, 29, cbn. avec L. 1, § 1, D. quib. mod. pign. solo. 20, 6.

(9) L. 1, § 19 initio, D. si quid in fraud. patr. 58, 5; L. 5, § 8-12, L. 7, § 1, 8 et 9, L. 8, L. 9, pr., L. 31, § 9, D. de donat. inter V. et U. 24, 1; L. 22, C. h. t.

(10) L. 9, pr. i. f., D. h. t.; L. 2, L. 53, § 4, C. h. t.; L. 37, § 5, D. de leg. 3^e, 52.

(11) L. 1, pr. initio, L. 18, § 1, D. h. t.; Arg. L. 5, § 6, D. de donat. inter V. et U. 24, 1.

III. Quant à la perfection de la donation, une distinction est nécessaire. Inférieure à la somme de cinq cents solides (7,500 fr.), elle se parfait par le seul concours de volontés des parties, car elle constitue depuis Justinien un pacte légitime⁽¹²⁾. Mais quand elle dépasse la somme indiquée, elle exige en général la transcription dans les registres publics (*insinuatio actorum-gestorum confectio, ordinatio vel testificatio*) : on entend par là un procès-verbal dressé en justice d'après les déclarations des parties⁽¹³⁾, dans le double but d'assurer la libre manifestation de la volonté du donateur⁽¹⁴⁾ et de servir à la preuve de la donation⁽¹⁵⁾; si cette formalité n'a pas été observée, la donation est nulle en tant qu'elle dépasse la somme de cinq cents solides⁽¹⁶⁾; il en résulte que le donateur peut se refuser au paiement de l'excédant, ou s'il a déjà exécuté la donation, revendiquer l'excédant quand il existe encore en nature⁽¹⁷⁾, et dans le cas contraire exercer une *condictio sine causa*⁽¹⁸⁾. Sont dispensées de la transcription :

1° Les constitutions de dot⁽¹⁹⁾ et en fait aussi les donations *propter nuptias*⁽²⁰⁾, à cause de la faveur dont jouit le mariage.

2° Les donations pour la reconstruction de maisons détruites⁽²¹⁾ ou pour le rachat de captifs⁽²²⁾, par faveur pour le but de la libéralité.

3° Les donations faites par le prince ou sa femme⁽²³⁾ ou bien à leur profit⁽²⁴⁾, en vertu d'un privilège personnel.

Dans la grande majorité des cas la donation s'adresse directement

(12) § 2, l. h. t., v^h *Perficiuntur autem..... manifestaverit*; L. 53, § 3, L. 37, C. h. t.

(13) § 2, l. cit., v^h *Et quum retro..... statuit*; L. 56, § 3, C. h. t.; L. 50, C. h. t.; Nov. 127, c. 2. — (14) L. 3, C. Théod. de donat. 8, 12; L. 27, C. J. h. t.

(15) *Vatic. fragm.* 249, 6°; Cf. Nov. 127, c. 2 initio. — (16) L. 54, pr. et § 1, C. h. t.

(17) Arg. L. 3, § 18 initio, D. de donat. inter V. et U. 24, 1; Voyez aussi L. 54, § 2, C. h. t.

(18) Arg. L. 3, § 18 i. f. et L. 6, D. de donat. inter V. et U. 21, 1. — Voyez encore Nov. 127, c. 2 i. f. — (19) L. 51, pr., C. de jure dot. 3, 12.

(20) Nov. 119, c. 1 et 127, c. 2. — Voyez encore L. 17, C. de donat. ante nupt. 3, 3; L. 54, pr. i. f., C. h. t. — (21) L. 56, § 2, C. h. t. — (22) L. 56, pr., C. h. t.

(23) L. 54, pr., v^h *exceptis donationibus..... majestatem*.

(24) Nov. 52, c. 2 et Authent. *Item et a privatis*, ad L. 54, pr., C. h. t. — Voyez encore L. 56, § 1, C. h. t.

à la personne du donataire; alors c'est une convention, qui non-seulement ne saurait s'imposer au donataire⁽²⁵⁾, mais qui exige un consentement positif de sa part⁽²⁶⁾. Toutefois, il arrive assez souvent que la donation ne s'adresse pas au donataire, et alors elle n'a point le caractère d'une convention⁽²⁷⁾.

§ 247. De quelques espèces particulières de donations.

Méritent d'être relevées :

1° La donation à cause de mort, qui à raison de son importance a servi de base à une division des donations en donations entre-vifs et donations à cause de mort⁽¹⁾; cette institution appartient au droit héréditaire⁽²⁾.

2° La constitution de dot, la donation à cause de mariage et les donations entre époux; elles sont intimement liées à la théorie du mariage, à laquelle nous nous référons⁽³⁾.

3° La donation de tous les biens (*donatio omnium bonorum*). Elle comprend tous les biens présents du donateur, quelle qu'en soit la nature, en même temps qu'en vertu du principe *bona non intelliguntur nisi ære alieno deducto*, elle est de plein droit réputée faite avec la charge d'acquitter toutes les dettes présentes du donateur⁽⁴⁾; malgré le silence de la convention à cet égard, le donateur est autorisé à retenir ou à répéter comme indu contre le donataire les biens dont il a besoin pour payer ses créanciers⁽⁵⁾. Mais la donation ne s'étend pas aux biens futurs ni aux dettes futures; les parties ne pourraient même lui attribuer cette portée, par la raison que

(25) L. 19, § 2, D. h. t.; L. 69, D. de R. J. 50, 17.

(26) L. 2, § 6, D. h. t.; L. 5, D. de pollicit. 50, 12; L. 8, C. de O. et A. 4, 10.

(27) Pr. in medio, I. quib. mod. oblig. toll. 3, 29 (T. I, § 186, I, A, 2°). — L. 8, § 5 i. f., D. de novat. 46, 2 (T. I, § 202, I, B, 1°). — L. 53 i. f., D. de jure dot. 25, 3, chn. avec L. un., § 15, C. de rei ux. act. 5, 15. — L. 14, D. h. t.

(1) Pr., I. h. t.; L. 1, pr., D. h. t.; L. 2, D. de mortis causa donat. 59, 6.

(2) T. II, § 571. — (3) T. II, § 292, II, 295 à 297.

(4) L. 59, § 1, D. de V. S. 50, 16; L. 11, D. de jure fisci 49, 14; L. 72, pr. i. f., D. de jure dot. 25, 3.

(5) L. 12, D. h. t.; Arg. L. 2, C. de cond. ob c. d. 4, 6 et L. 22, C. h. t.

la donation acquerrait ainsi le caractère d'un pacte successoire, d'une convention sur la succession future du donateur, ce qui est contraire aux principes généraux du droit héréditaire; cette question ne partage pas moins profondément les auteurs⁽⁶⁾. Comme la donation de tous les biens se restreint au patrimoine présent du donateur, elle ne constitue pas une succession à titre universel; les créanciers du donateur n'ont pas action contre le donataire⁽⁷⁾, alors même que celui-ci aurait été expressément chargé de les payer, car cet engagement est vis-à-vis d'eux une *res inter alios acta*; ils doivent s'en tenir au donateur, leur débiteur personnel⁽⁸⁾, sauf, en cas de fraude de la part de ce dernier, à faire rescinder la donation au moyen de l'action Paulienne⁽⁹⁾.

4° Une autre variété des donations est la donation rémunératoire, qui a pour but de récompenser des services rendus. On ne doit pas perdre de vue à cette occasion qu'une donation suppose essentiellement l'absence de tout rapport obligatoire entre parties⁽¹⁰⁾; pour avoir le caractère d'une libéralité, la donation rémunératoire a donc besoin d'être l'accomplissement d'un simple devoir moral⁽¹¹⁾. Mais aussi sous cette condition, elle forme une donation ordinaire, soumise pleinement à la théorie commune des donations. Néanmoins, on ne saurait admettre sa révocabilité pour cause d'ingratitude du donataire; le donateur n'a fait que remplir un devoir, peu importe qu'il ne fût que moral; il n'y a pas eu de bienfait de sa part; dès lors, de quelle ingratitude pourrait se rendre coupable le donataire qui n'a fait que recevoir le prix d'une dette de reconnais-

(6) Arg. L. 4, C. de inutil. stipul. 8, 39. — Art. 943 C. civ. fr. — En notre sens DE SAVIGNY, l. c. p. 142-144. — SCHILLING, l. c. § 554, 6°. — HEIMBACH, l. c. p. 670. — SINTENIS, *Civilrecht* I, § 23 et Ann. 51. — Cf. WARNEKONIG, *Comment.* II, n° 711. — KELLER, *Pand.* § 64 i. f. et note 20. — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 541, 1°. — Contra MEIER, in *Schweppes röm. Privatrecht* III, § 505 initio. — MEYERFELD, l. c. p. 16-17. — PUCHTA, *Pand.* § 71, note g et *Vorles.* I, § 71 i. f. — MOLITOR, l. c. II, n° 904. — BOECKING, *Pand.* I, § 106, note 25. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 568.

(7) L. 72, pr., D. de jure dot. 23, 3. — (8) Arg. L. 22, C. h. l.

(9) L. 17, § 1, D. quæ in fraud. credit. 42, 8. — (10) T. II, § 246, II, 1°.

(11) PAUL, V, 11, § 6, chn. avec L. 54, § 1, D. h. t.; L. 27, D. h. t.; L. 63, § 2, D. de condict. indeb. 12, 6.

sance? et comment le donateur pourrait-il soutenir que le donataire a méconnu un bienfait qui n'existe point⁽¹²⁾? Ces règles élémentaires n'ont pas laissé d'être des plus vivement contestées, et il y a peu d'institutions qui aient été appréciées à des points de vue aussi divergents que la donation rémunératoire : les uns n'ont voulu admettre l'exclusion de la révocation pour cause d'ingratitude, que dans le cas particulier où le donataire a sauvé la vie au donateur⁽¹³⁾; d'autres, au contraire, ont enseigné que toutes les restrictions des donations devaient venir à tomber, soit dans ce même cas⁽¹⁴⁾, soit chaque fois que la pensée de récompenser des services a présidé à la libéralité⁽¹⁵⁾.

5° Enfin vient la donation modale (*donatio sub modo*), c'est-à-dire celle qui impose au donataire certaines charges en faveur du donateur⁽¹⁶⁾ ou d'un tiers⁽¹⁷⁾; une telle libéralité porte sur ce qui reste au donataire déduction faite du mode⁽¹⁸⁾, mais précisément pour ce motif il ne faut pas que la charge épuise toute la libéralité, sinon, à défaut d'avantage pour le donataire, il y a contrat à titre onéreux⁽¹⁹⁾. Le mode a pour effet de donner à la donation le caractè-

(12) L. 54, § 1, D. h. t.; L. 27 ebn. avec L. 52, D. h. t. — En notre sens MAREZOLL, *Zeitschrift für Zivilrecht und Process* I, p. 30 sq. — GOESCHEN, *Vorles.* II (2), § 542, II. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* II, § 443, II. — SCHILLING, l. c. § 563 et note II. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 125, *Anm.* — Cf. BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 266 i. f. et 268 i. f. et MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 541, 2° et note 11.

(13) Arg. L. 34, § 1, D. h. t. — MEYERFELD, l. c. p. 374 sq. — DE SAVIGNY, l. c. p. 96 sq. — HEIMBACH, l. c. p. 654 sq. — NAMUR, *Institutes* II, § 270, 1°.

(14) Arg. L. 54, § 1, D. h. t., ebn. avec PAUL, V, 11, § 6. — MOLITOR, l. c. II, n° 929. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* II, § 567. — KELLER, *Pand.* § 71. — SINTENIS, *Civilrecht* I, § 25 et *Anm.* 11. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 568 et note 11.

(15) Arg. L. 27 et L. 54, § 1, D. h. t., ebn. avec PAUL, V, 11, § 6. — PUCHTA, *Pand.* § 71 initio et *Vorles.* I, § 71 initio. — MÜLLER, *Lehrb.* § 127, A i. f. et note 3. — ARNDTS, *Lehrb.* § 83, 1°. — Ajoutons encore que beaucoup d'interprètes plus anciens considéraient la donation rémunératoire comme l'exécution d'une espèce d'obligation naturelle plus ou moins affaiblie : MEJER, in *Schweppe's röm. Privatrecht* III, § 305 i. f. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* II, § 285 in medio. — THIBAUT, *System* II, § 569. — Cf. WARNEKÖNIG, *Comment.* II, n° 712.

(16) C. de donat., quæ sub modo..... conficiuntur 8, 53; Cf. L. 19, § 5-6, D. h. t.

(17) L. 5, C. de donat., quæ sub modo 8, 53 (*Fatic. fragm.* 286). — T. I, § 221, II, 2°.

(18) L. 18, pr. et § 1 initio, D. h. t.

(19) L. 18, § 1 in medio, D. h. t. — Voyez d'autre part la L. 8 initio, C. de condict. ob c. d. 4, 6.

tère d'un contrat innommé, où le donateur fait une prestation en vue d'une prestation réciproque; d'où la conséquence qu'il a le droit de poursuivre l'exécution du mode par l'action *præscriptis verbis*(20), voire même de révoquer la libéralité contre le donataire en faute par la *condictio causa data causa non secuta*(21), ainsi que nous l'expliquerons bientôt(22).

§ 248. Des effets des donations.

I. *Règle générale.* La donation procure au donataire l'avantage qui fait l'objet de la libéralité, ou tout au moins impose au donateur une obligation en ce sens; tantôt en effet la donation s'exécute en même temps qu'elle se parfait (*donatio dando vel liberando*), tantôt elle ne consiste que dans une promesse qui doit encore recevoir son exécution (*donatio promittendo*), et qui produit au profit du donataire l'*actio ex stipulatu* ou la *condictio ex lege*, selon qu'il y a eu stipulation ou simple pacte(1). Quant à l'exécution de la donation, elle s'effectue par les voies ordinaires servant à transférer des droits(2) ou à libérer de charges(3).

II. *Règles spéciales.* Par sa nature, la donation est unilatérale et n'oblige que le donateur(4); mais elle devient synallagmatique si elle est modale, puisque alors elle oblige aussi le donataire à remplir la charge qui lui est imposée(5). D'un autre côté, la donation est une convention à titre gratuit, sans en excepter le cas où elle faite avec charges, et en sa qualité de stipulation ou de pacte légitime elle est de droit strict(6); en vertu de ce double caractère :

(20) L. 9, L. 22, C. h. t.; L. 8, C. de rer. permut. 4, 64; Cf. L. 5 i. f., C. de donat., quæ sub modo 8, 53.

(21) L. 2, L. 3, L. 6, L. 8, C. de condict. ob caus. dat. 4, 6; L. 3 initio, C. de donat., quæ sub modo 8, 53. — (22) Infra § 249, II.

(1) L. 33, § 5, C. h. t. — (2) L. 1, C. h. t. — L. 2, L. 53, C. h. t.

(3) L. 9, pr. i. f., L. 17, D. h. t.

(4) L. 18, pr., D. h. t.; L. 5, § 1, D. de O. et A. 44, 7.

(5) L. 9, L. 22, C. h. t.; L. 8, C. de rer. permut. 4, 64; Cf. L. 5 i. f., C. de donat., quæ sub modo 8, 53. — (6) L. 22 i. f., D. h. t.

1° Elle ne donne pas lieu à la garantie du chef d'éviction ou des vices cachés⁽⁷⁾.

2° Le donateur ne doit les fruits et les intérêts qu'à partir de la *litis contestatio*⁽⁸⁾.

3° Il jouit du bénéfice de compétence⁽⁹⁾.

§ 249. De la révocation des donations.

C. de revocandis donationibus 8, 36.

En général, la donation demeure soumise au principe de l'irrévocabilité des conventions⁽¹⁾. Il y a pourtant trois causes qui en justifient la révocation : l'ingratitude du donataire, l'inexécution des charges apposées à la donation, et la survenance d'enfants au donateur.

I. La révocation d'une donation pour cause d'ingratitude du donataire a lieu d'après les règles suivantes :

1° Elle constitue une dérogation au droit commun : à ce titre elle n'est possible que dans les cas expressément déterminés par la loi, et ces cas sont de stricte interprétation, ils n'admettent aucune extension analogique; ce sont l'attentat à la vie du donateur, les sévices contre sa personne, une injure grave, et les entreprises graves et frauduleuses contre sa fortune⁽²⁾. A ces quatre faits d'ingratitude Justinien ajoute l'inexécution des charges⁽³⁾; mais c'est là à vrai dire une cause propre de révocation.

2° La révocation d'une donation contre le donataire ingrat a un fondement moral plutôt que pécuniaire; elle tend avant tout à obtenir une réparation personnelle (*vindictam spirat*)⁽⁴⁾; c'est pourquoi

(7) PAUL, V, 11, § 3; L. 18, § 3, D. h. t.; L. 131, § 1 i. f., D. de V. O. 43, 1; L. 2 i. f., C. de evict. 8, 43 (T. I, § 217, II, A, 1^o). — L. 62, D. de edil. ed. 21, 1 (T. I, § 218, II, A, 1^o).

(8) L. 16, pr., I. 58, § 7, D. de usur. 22, 1; L. 22, D. h. t. (T. I, § 198, I, 2^o i. f.).

(9) L. 12 initio, L. 33, pr., D. h. t.; L. 19, § 1, D. de re judic. 42, 1 (T. I, § 187, III, 3^o).

(1) Vatic. fragm. 279; L. 31, pr., D. h. t.; L. 7, C. de condict. ob c. d. 4, 6; L. 2-6, C. h. t.

(2) § 2 i. f., I. h. t.; L. 10, C. h. t., v^{is} Generaliter sancimus offici. — Cf. : Vatic. fragm. 272; L. 1, C. h. t. — L. 1, C. Théod. de revoc. donat. 8, 13 (L. 7, C. J. h. t.); L. 4, C. Théod. cod. — Vatic. fragm. 273. — (3) L. 10 initio, C. h. t.

(4) L. 7, C. h. t., v^{is} Actionem vero..... heredi.

l'action révocatoire n'appartient que personnellement au donateur et contre le donataire, sans passer aux héritiers ni de l'un ni de l'autre⁽⁵⁾; mais si elle est déjà intentée, elle se continue conformément à un principe général⁽⁶⁾.

5° L'action révocatoire qui est une *condictio ex lege*, a pour but de forcer le donataire à rendre ce dont il s'est enrichi par la libéralité, mais rien au delà, car il avait le droit légitime de se considérer comme propriétaire et de se gérer librement comme tel⁽⁷⁾; il n'est donc obligé qu'à rendre la chose reçue en donation dans l'état où elle se trouve, sans fruits ni intérêts⁽⁸⁾; s'il l'a aliénée, il n'en doit que le prix⁽⁹⁾. A l'égard des tiers, la révocation est sans effet, elle opère simplement *in personam* et non *in rem*, par la raison que le donataire a traité avec les tiers comme propriétaire irrévocable, et leur a transmis des droits de même nature⁽¹⁰⁾.

4° Rappelons encore que les donations rémunératoires sont irrévocables pour cause d'ingratitude⁽¹¹⁾.

II. Une autre cause de révocation des donations est l'inexécution des charges⁽¹²⁾. Cette action révocatoire qui est la *condictio causa data causa non secuta*, diffère de la précédente en ce qu'elle n'a rien de personnel aux parties, elle se transmet activement et passivement à leurs héritiers⁽¹³⁾.

III. Enfin, le donateur peut révoquer pour cause de survenance d'enfants depuis l'époque de la donation, parce que l'on doit supposer qu'il n'eût pas fait la libéralité s'il avait connu le

(5) L. 1 i. f., L. 7, vis citis, L. 10, vis Hoc tamen....., C. h. t.

(6) Arg. L. 10, C. h. t., vis *primordium instituere*; L. 38, D. de O. et A. 44, 7; L. 87, L. 159, pr., D. de R. J. 30, 17 (T. II, § 580).

(7) L. 7, C. h. t., vis *Quidquid igitur..... reddere*; Arg. L. 3, § 18 i. f. et L. 7, pr., D. de donat. inter V. et U. 24, 1. — (8) Arg. L. 13, § 1, L. 16, L. 17, pr., D. cod.

(9) Cf. L. 7, § 3, D. cod. — (10) L. 7, C. h. t., vis *Ceterum quæ..... minime revocamus*.

(11) L. 34, § 1, D. h. t.; L. 27 cbn. avec L. 52, D. h. t. — T. II, § 247, 4°.

(12) L. 2, L. 3, L. 6, L. 8, C. de condict. ob e. d. 4, 6; L. 3 initio, C. de donat., quæ sub modo 8, 33. — T. II, § 247, 3°.

(13) L. 2, L. 3, L. 8, C. de condict. ob e. d. 4, 6; — Voyez encore L. 1, C. de donat., quæ sub modo 8, 33.

sentiment de la paternité. Mais la loi romaine ne parle de cette règle qu'au point de vue du patron (14).

G) DU CONTRAT DE RENTE; § 249^{bis}.

Le contrat de rente est celui qui a pour objet des prestations périodiques de choses fongibles, soit pendant toute la vie de l'ayant-droit, soit à perpétuité (1). La rente peut être constituée à titre onéreux ou à titre gratuit; nous verrons même plus loin qu'elle peut l'être par legs (2); elle procède ainsi, suivant les circonstances, d'une vente, d'une donation ou de tout autre contrat, et se trouve soumise à la théorie du contrat qui lui a donné naissance (3). Sauf stipulation contraire (4), les divers termes de la rente sont payables à l'avance (5); d'où il résulte que s'il s'agit d'une rente viagère, le terme commencé à la mort du crédi-rentier est acquis intégralement à ses héritiers (6). D'ailleurs en droit romain, le débiteur de la rente ne peut jamais s'en affranchir, en offrant de rembourser le capital à l'ayant-droit, pas même dans le cas d'une rente perpétuelle (7), car il est lié par le contrat.

(14) L. 8, C. h. t. — Voyez cependant en faveur de la généralisation, en droit romain, MOLITOR, l. c. II, n° 922, dans le droit commun allemand, MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 427, 2° et note k, GOESCHEN, *Vorles.* II (2), § 340 i. f., PUCHTA, *Pand.* § 70 et note d, *Vorles.* I, § 70, et AANDTS, *Lehrb.* § 82 et *Anm.* 3, enfin l'art. 960 du C. civ. fr.

(1) L. 34, § 4, C. de donat. 8, 34; L. 1, C. de donat., quæ sub modo 8, 33.

(2) D. de annuis legatis, et fideicommissis 33, 1. — T. II, § 366.

(3) L. 54, § 4, C. de donat. 8, 34.

(4) Arg. L. 12, § 3, D. quando dies leg. v. fideic. ced. 36, 2.

(5) Arg. L. 12, pr., § 1 et 4, D. eod. — (6) Arg. L. 5, D. de ann. leg. 33, 1.

(7) Cf. Art. 530 C. civ. fr.

H) DU COMPROMIS; § 250.

D. de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant 4, 8;

C. de receptis arbitris 2, 56.

PUCHTA. *Das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit.* Erlangen, 1823.

ANDRÉ. *Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte.* 1860.

Il y a compromis lorsqu'une contestation existant entre deux personnes, celles-ci conviennent d'en remettre la décision à un ou plusieurs arbitres. Tout compromis implique une transaction, c'est un moyen particulier de vider un différend; aussi est-il généralement soumis aux mêmes principes que la transaction, pour les conditions⁽¹⁾ et les effets⁽²⁾. Mais il offre ceci de particulier que la décision du différend est remise à l'arbitrage d'un tiers; de là les règles suivantes :

1° La perfection du compromis exige que le tiers désigné comme arbitre ait accepté cette mission, car on ne saurait être astreint contre son gré aux charges de l'arbitrage⁽³⁾; cette acceptation de l'arbitre est connue sous le nom de *receptum arbitrii*. Sa validité suppose que l'arbitre soit capable non-seulement de s'obliger⁽⁴⁾, mais encore d'apprécier la contestation en pleine connaissance de cause : ne pouvaient être arbitres les mineurs de 20 ans⁽⁵⁾, les sourds et les muets⁽⁶⁾, ainsi que les femmes, l'arbitrage étant un *munus virile*⁽⁷⁾.

2° Une fois qu'on a accepté les fonctions d'arbitre, on est tenu de prononcer la sentence arbitrale; le *receptum arbitrii* est un pacte prétorien donnant lieu à une action *in factum* contre l'arbitre récal-

(1) L. 5, pr., L. 52, § 2, 6-8, L. 55, D. h. t.; L. 3, C. ubi et apud quem 2, 47.

(2) L. 19, pr. et § 2, L. 20, L. 27, § 2, D. h. t.; L. 76, D. pro socio 17, 2, *vs* Arbitrorum enim..... itum est; L. 1, C. h. t. — T. II, § 267. — (5) L. 3, § 1 initio, L. 11, § 1, D. h. t.

(4) L. 7, pr., L. 9, pr. et § 1, D. h. t. — (5) L. 41, D. h. t. — (6) L. 9, § 1, D. h. t.

(7) L. 6, C. h. t. — Voyez encore L. 9, § 3, chn. avec L. 7, pr., D. h. t.; L. 9, § 2, D. h. t.; L. 51, D. h. t.

citrant⁽⁸⁾. Comme tout mandataire, l'arbitre doit remplir sa fonction de la manière convenue⁽⁹⁾, et à défaut de convention, d'après la nature des choses⁽¹⁰⁾; il est autorisé à prendre toutes les mesures nécessaires pour le jugement de la contestation, et surtout à le droit de citer les intéressés devant lui⁽¹¹⁾; mais son mandat étant éminemment personnel, il ne peut se substituer un tiers⁽¹²⁾.

3° S'il a été désigné plusieurs arbitres, tous doivent concourir au jugement⁽¹³⁾, qui se détermine d'après la majorité des voix⁽¹⁴⁾; en cas de partage, les arbitres doivent nommer un suppléant pour les départager (*superarbitrator*, tiers arbitre)⁽¹⁵⁾.

4° La sentence arbitrale (*laudum*) doit être prononcée en présence des parties, dûment assistées si elles sont incapables⁽¹⁶⁾, ou du moins après une convocation préalable, comme s'il s'agissait d'une sentence judiciaire⁽¹⁷⁾.

5° A titre de simple pacte, le compromis ne produit une action que s'il a été revêtu de la forme de la stipulation⁽¹⁸⁾, sauf depuis Justinien, quand il a été confirmé par la signature des parties⁽¹⁹⁾ ou par un silence de dix jours⁽²⁰⁾; alors le compromis devient une sorte de pacte légitime auquel est attachée une action *in factum*⁽²¹⁾. Mais l'usage universel à Rome était de garantir l'exécution de la

(8) L. 5, § 1, L. 13, L. 52, § 12, D. h. t.; Cf. L. 9, § 5-3; L. 10, L. 11, pr., L. 15, L. 16, L. 17, pr., D. h. t.

(9) L. 52, § 13, D. h. t.; L. 21, § 4, L. 52, § 17, D. h. t.; L. 15, § 5 et 4, L. 21, § 8 et 10, L. 23, § 1, L. 52, § 21, D. h. t.

(10) L. 14, L. 15, § 5 initio cbn. avec L. 50, D. h. t.

(11) L. 49, § 1, L. 52, § 18-19, cbn. avec L. 59, pr. i. f., D. h. t.

(12) L. 43, cf. L. 52, § 16-17, D. h. t.

(13) L. 17, § 2 et 7 i. f., D. h. t.; Cf. L. 7, § 1, L. 8, L. 52, § 13, D. h. t.

(14) L. 17, § 7 initio, L. 18, D. h. t.

(15) L. 17, § 6 cbn. avec § 3, D. h. t.; Cf. L. 27, § 5, D. h. t.

(16) L. 27, § 5, L. 47, L. 48, L. 49, pr., D. h. t. — (17) L. 27, § 4 cbn. avec § 6-7, D. h. t.

(18) L. 3, pr., *vis Quum antea..... praesidii*, C. h. t.; L. 15, § 1, cbn. avec L. 27, § 7, D. h. t. — (19) L. 4, § 6, L. 3, pr., *vis Sancimus..... pertinescit pulsata*, C. h. t.

(20) L. 3, pr., *vis Sin autem post sententiam..... actionem competere*, C. h. t.

(21) L. 3, pr., *vis non solum..... actionem*, cf. *vis Altera autem parte.....*, C. h. t. — Voyez encore L. 4, § 1-3, C. h. t.; L. 14, pr., C. de judic. 3, 1, cbn. avec Nov. 82, c. 11.

sentence arbitrale par la stipulation réciproque d'une peine, pour le cas d'une contravention au compromis, peine que l'on poursuivait par l'action *ex stipulatu*; c'est même de là qu'est venue l'expression de *compromissum* (de *cum promittere*, promettre ensemble)⁽²²⁾. Dans deux cas seulement il est permis d'attaquer le jugement arbitral : quand il a été amené par les manœuvres frauduleuses de la partie adverse⁽²⁵⁾, ou que l'arbitre lui-même a été ouvertement de mauvaise foi⁽²⁴⁾.

6° Le compromis prend fin :

- a) par le jugement arbitral ;
- b) lorsque le différend tombe d'une manière quelconque⁽²⁵⁾ ;
- c) quand les parties conviennent de considérer le compromis comme non avenu⁽²⁶⁾ ;
- d) par la mort de l'arbitre, dont la personne est la cause déterminante de la convention⁽²⁷⁾, et même par la mort de l'une des parties, celles-ci étant censées ne s'obliger qu'en nom personnel à laisser trancher la contestation par l'arbitre⁽²⁸⁾.

I) DE LA CONVENTION RELATIVE A UN SERMENT EXTRAJUDICIAIRE; § 251.

D. de *jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali* 12, 2;

C. de *rebus creditis et jurejurando* 4, 1.

Des personnes entre lesquelles existe un différend, peuvent en remettre la décision au serment de l'une d'elles (*pactum de jurejurando (extrajudiciali)*)⁽¹⁾. Une telle convention est une transaction véritable : la partie qui défère le serment, s'en remet à la conscience de son adversaire ; elle s'engage à lui donner raison dans ses souté-

(22) PAUL, V, 33, § 1 i. f.; L. 59, pr. initio, D. h. t.; L. 27, § 4 et 6, L. 38, L. 42, L. 44, L. 52, D. h. t.; L. 2, C. h. t. — (25) L. 51, D. h. t.

(24) L. 52, § 14, D. h. t.; L. 5, C. h. t. — (25) L. 52, § 3, D. h. t.

(26) L. 52, § 5, v^o *pacto*, D. h. t. — (27) L. 52, § 5, v^o *morte*, L. 40, L. 43, D. h. t.

(28) L. 52, § 5, v^o *morte*, D. h. t.; L. 27, § 1 initio, cbn. avec L. 49, § 2, D. h. t.

(1) L. 1, D. h. t.

nements, s'il les confirme par son serment⁽²⁾; il en résulte que ladite convention doit être appréciée d'après les principes de la transaction en ce qui concerne ses conditions⁽³⁾ et ses effets⁽⁴⁾. Elle ne donne lieu qu'aux observations suivantes :

1^o La délation conventionnelle d'un serment intervient exclusivement à l'avantage de la partie à laquelle le serment est déféré; cette partie doit donc être libre de se refuser à la prestation du serment, sans encourir aucun préjudice; son refus dissout la convention et maintient le *statu quo*⁽⁵⁾; c'est parce que la convention relative à un serment extrajudiciaire n'entraîne aucune obligation pour la partie appelée à jurer, qu'on se contente à son égard de la simple capacité de volonté⁽⁶⁾. Mais si elle ne veut pas accepter le serment, elle n'a pas le droit de le référer à son adversaire⁽⁷⁾, à moins que ce dernier y donnant son consentement, il ne se forme une convention nouvelle où les rôles des parties sont intervertis⁽⁸⁾; la raison en est que personne n'est tenu de jurer s'il ne s'y est engagé. Nous constatons ici une importante différence avec le serment judiciaire; celui-ci doit être accepté par le plaideur auquel il est déféré, s'il n'aime mieux le référer à son adversaire, ce qui est en son pouvoir⁽⁹⁾.

2^o Le serment une fois prêté, termine irrévocablement le différend⁽¹⁰⁾, sur lequel on n'est pas même admis à revenir en offrant de prouver le parjure⁽¹¹⁾; la chose jurée, comme la chose jugée, est réputée l'expression de la vérité : *res jurata pro veritate habetur*; car elle ne mérite pas une autorité moindre, celui qui défère le serment constitue lui-même son adversaire juge du différend⁽¹²⁾. Par application de ce principe, si le serment prêté consiste dans la négation d'un droit pour l'adversaire, celui-ci, en voulant encore

(2) L. 2 et arg. L. 31 i. f., D. h. t.; Cf. L. 1, pr., D. *quar. rer. actio non datur* 44, 3.

(3) L. 5, § 1-2, L. 5, § 5, L. 17, § 1-5, L. 18, L. 19, L. 54, § 5, L. 53, pr. et § 1, D. h. t.; L. 4, L. 7, C. h. t. — (4) L. 5, § 2, L. 11, § 5 in medio, D. h. t. — T. II, § 267.

(5) L. 5, § 4, D. h. t. — (6) L. 26, pr., D. h. t.; L. 9, § 6, L. 25-25, L. 42, § 2, D. h. t.

(7) L. 17, pr., D. h. t. — (8) L. 25, D. h. t.; L. 8, C. h. t.

(9) T. II, § 403, V, A, 1^o, a. — (10) L. 5, § 2, L. 11, § 5 in medio, L. 31 i. f., D. h. t.

(11) L. 1, C. h. t.; L. 28, § 10 i. f., D. h. t.; Cf. L. 15, C. h. t.

(12) L. 2, D. h. t.; L. 13, D. *quib. mod. pign. solvo*. 20, 6; L. 1, pr., D. *quar. rer. actio non datur* 44, 3.

poursuivre ce droit, serait repoussé par l'*exceptio jurisjurandi* (15), ou soumis à la *condictio indebiti* en répétition de ce qu'il a déjà reçu (14); si, en sens contraire, le serment implique l'affirmation d'un droit pour la partie qui a juré, il produit non-seulement l'action ordinaire qui résulte du droit juré (15), et même, quand il s'agit d'un contrat synallagmatique, une action réciproque pour l'adversaire (16), mais de plus une action *in factum*; cette dernière résulte de la convention relative au serment, convention qui par suite de la reconnaissance du prêteur devint un pacte prétorien (17).

3° La prestation de serment, à l'instar de la transaction, n'a d'effet ni pour, ni contre les tiers (18). Il y a exception pour les personnes placées dans le même rapport obligatoire, activement ou passivement : le serment déféré par l'un des créanciers solidaires nuit à ses cocréanciers (19); prêté par l'un des débiteurs solidaires, il profite aux codébiteurs (20); enfin prêté par le débiteur principal, il profite au fidéjusseur (21), comme réciproquement le serment prêté par le fidéjusseur peut être invoqué par le débiteur principal, à condition d'avoir porté sur la dette elle-même et non sur le simple fait du cautionnement (22).

(15) § 4, l. de *except.* 4, 15; L. 11, § 3 i. f., L. 13, § 2, L. 27, L. 28, § 4-8, D. h. t.; L. 7, § 7 i. f., D. de P. A. 6, 2; Cf. L. 7, L. 9, pr., D. h. t.

(14) L. 39, L. 40, L. 42, pr., D. h. t.; L. 45, D. de *condict. indeb.* 12, 6.

(15) L. 7, § 7 initio, D. de P. A. 6, 2; L. 13, § 5 initio, 4 et 3, D. h. t.

(16) L. 13, § 3 i. f., cf. L. 13, § 3 et L. 30, § 3, D. h. t.

(17) § 8 i. f. et 11, l. de *action.* 4, 6; L. 7, L. 9, § 1, L. 11, § 1 et 3 initio, L. 13, § 1, L. 29, D. h. t.; L. 8, C. h. t.

(18) L. 3, § 3 i. f., L. 9, § 7 i. f., L. 10, L. 11, § 3 i. f., L. 12, L. 13, pr., D. h. t.; L. 7, § 7, D. de P. A. 6, 2. — (19) L. 28, pr., D. h. t. — (20) L. 28, § 3, D. h. t.

(21) L. 28, § 1 initio, L. 42, § 3, D. h. t.; L. 7, § 1 initio, D. de *except.* 44, 1.

(22) L. 28, § 1, v^{is} a *fidejussore*....., L. 42, § 1 et 2 i. f., D. h. t.; L. 1, § 3, D. *quar. rer. actio non datur* 44, 5; Cf. L. 28, § 2, D. h. t.

J) DES PACTES ACCESSOIRES A UN CONTRAT ; § 252.

D. de *contrahenda emptione, et de pactis inter emptorem et venditorem compositis*..... 18, 1;

C. de *pactis inter emptorem et venditorem compositis* 4, 54.

I. NOTIONS GÉNÉRALES. Une convention qui par elle-même n'est pas civilement obligatoire, peut le devenir à titre d'accessoire d'un contrat civilement reconnu ; en effet, il est rationnel de la considérer dans ce cas comme une partie intégrante du contrat principal, et de la garantir par la même action ; d'où la règle : *pactum inest contractui* (1). Le droit romain l'admet d'une manière absolue pour les pactes qui diminuent l'étendue de l'obligation ; ceux-là produisent toujours leur effet de plein droit (2) ; mais les clauses qui étendent l'obligation, n'opèrent de plein droit que moyennant le concours d'une double condition, et à son défaut ne produisent qu'une exception :

1° Le contrat principal doit être de bonne foi ; s'il est de droit strict, il ne soutient pas les clauses qui y sont jointes, parce que ces clauses sont rigoureusement des conventions distinctes du contrat principal, et partant ne peuvent puiser une action dans ce dernier (3).

2° La convention accessoire doit avoir été faite par les parties en même temps que le contrat principal (*in continenti*), et non après coup (*ex intervallo*) ; dans le second cas, séparée quant au temps du contrat principal, elle en est par cela même distincte et indépendante (4). Toutefois, si le contrat est consensuel, les pactes ajoutés après coup pour en modifier un élément essentiel, et alors que les choses sont encore entières, produisent une action, car les contrats consensuels se formant par le seul consentement des parties, la clause qui modifie un de leurs éléments essentiels, donne lieu à un contrat nouveau (5).

(1) L. 7, § 5 initio, D. de *pact.* 2, 14 ; L. 40, D. de *R. C.* 12, 1, *v^{is} pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* ; L. 4, § 3, D. de *pact.* 2, 14.

(2) L. 40, D. de *R. C.* 12, 1, *v^{is} cit^{is}* ; L. 11, § 1, D. *eod.* ; L. 4, § 3, D. de *pact.* 2, 14. — L. 72, pr., D. *h. t.*, *v^{is} Pacta conventa..... videntur*. — Cf. L. 27, D. de *R. J.* 50, 17.

(3) L. 7, § 5 initio, D. de *pact.* 2, 14.

(4) L. 7, § 5, D. *cit.* ; L. 15, C. de *pact.* 2, 5 ; L. 27 i. f., D. de *R. J.* 50, 17.

(5) L. 7, § 6, D. de *pact.* 2, 14 ; L. 72, pr., *v^{is} quæ vero adjiciunt.....* ; L. 8, C. *h. t.*, *cbn.* avec L. 58, D. de *pact.* 2, 14. — T. I, § 200, III, B, 1°.

II. DE QUELQUES PACTES ACCESSOIRES EN PARTICULIER. Ces pactes sont en nombre indéterminé, et, sous les conditions précédentes, susceptibles d'être ajoutés à des contrats quelconques. Voici quelques-uns des plus importants au point de vue de la vente; ils sont habituellement réglés de la même manière dans les autres contrats où ils sont de nature à pouvoir se rencontrer.

A) *De in diem addictio* (D. *de in diem addictione* 18, 2). On appelle ainsi la convention que la vente sera considérée comme non avenue si le vendeur désire profiter d'un marché plus avantageux⁽⁶⁾. Cette faculté de résilier la vente est presque toujours restreinte dans un certain délai, et l'expression *in diem addictio* se rapporte de préférence à ce cas; mais un terme n'est pas de rigueur⁽⁷⁾, et à son défaut, le vendeur peut pendant trente ans exercer son droit de résiliation.

1° Le pacte dont il s'agit opère-t-il comme condition suspensive⁽⁸⁾ ou comme condition résolutoire⁽⁹⁾? Tout dépend des parties; dans le doute, on présume une condition résolutoire, laquelle modifie le moins les effets ordinaires de la vente⁽¹⁰⁾.

2° Pour que la condition du pacte se réalise, il est nécessaire que des offres plus avantageuses soient faites au vendeur, la nature de l'avantage étant indifférente⁽¹¹⁾; ensuite, les offres doivent avoir été acceptées par le vendeur, qui est libre de ne pas en profiter, car la clause intervient dans son intérêt exclusif⁽¹²⁾; enfin, le délai dans lequel il doit user du pacte, ne peut pas être expiré⁽¹³⁾. En supposant le concours de cette triple condition, l'acheteur a encore la faculté de maintenir le marché en faisant les mêmes offres que le tiers, puisqu'il enlève ainsi au vendeur tout intérêt à la résiliation du contrat⁽¹⁴⁾; à cause de cette préférence de l'acheteur, le vendeur est obligé de lui notifier les offres du tiers⁽¹⁵⁾.

(6) L. 1, cf. L. 11, pr., D. *h. t.* — (7) Cf. L. 41, pr., D. *de R. V.* 6, 1.

(8) L. 4, pr., D. *h. t.*; L. 8, pr., *vis Quodsi sub conditione*....., D. *de P. et C. R. V.* 18, 6. — (9) L. 2, § 1, L. 5, L. 4, § 3-4, D. *h. t.* — (10) L. 2, pr., D. *h. t.*

(11) L. 4, § 6, L. 5, L. 14, § 3, L. 15, § 1, D. *h. t.*

(12) L. 9 initio, cf. L. 9 i. f. et L. 10, D. *h. t.* — (13) L. 13, pr., D. *h. t.*

(14) L. 7, D. *h. t.*; Cf. L. 53, D. *de minor.* 4, 4. — (15) L. 8, D. *h. t.*

3° Lorsque la condition du pacte s'accomplit, elle opère, d'après les principes généraux sur les conditions, *in rem* ou avec effet rétroactif⁽¹⁶⁾; en ce qui concerne les obligations des parties, l'acheteur doit rendre la chose avec les fruits⁽¹⁷⁾, le vendeur le prix avec les intérêts⁽¹⁸⁾, et de plus, rembourser à l'acheteur les impenses qu'il a faites à la chose⁽¹⁹⁾.

4° Si plusieurs ont vendu conjointement une chose, il faut voir si la vente a eu lieu pour des prix distincts ou pour un prix unique : dans la première hypothèse il y a autant de ventes que de prix, et par conséquent, chaque vendeur peut pour son compte se prévaloir d'une offre meilleure⁽²⁰⁾; au contraire dans la seconde hypothèse, il n'y a qu'une seule et même vente, qui ne peut être résiliée que par l'acquiescement de tous les vendeurs aux offres plus avantageuses⁽²¹⁾; l'on doit en dire autant lorsqu'un vendeur unique est venu à décéder en laissant plusieurs héritiers. L'on suivra des règles analogues s'il y a plusieurs acheteurs ou héritiers de l'acheteur⁽²²⁾.

B) *Du pacte commissoire* (D. de *lege commissoria* 18, 3). Le pacte commissoire (*lex commissoria*, clause de déchéance, de *committere*, encourir une déchéance ou une peine) est la convention d'après laquelle la vente doit être résiliée à la demande du vendeur, si l'acheteur demeure en défaut de payer le prix convenu⁽²³⁾. La théorie de ce pacte est à tous égards similaire à la précédente⁽²⁴⁾; il suffira d'ajouter que si le vendeur a le droit de profiter du pacte

(16) L. 4, § 3-4, D. h. t.; L. 3, D. *quib. mod. pign. solv.* 20, 6; L. 41, pr., D. de R. V. 6, 1; L. 9, pr., D. de A. et A. P. A. 59, 5; Cf. L. 19, D. de usurp. 41, 5 (T. 1, § 208, IV, A, 2° et B, 2°). — Contra MAYSZ, *Cours de D. R.* II, § 534, 4° et Observation; l'opinion complètement isolée de cet auteur en ce qui concerne l'*in diem addictio* considérée comme condition résolutoire, est en opposition formelle avec les textes précités, et les principes généraux du droit ne lui sont pas plus favorables.

(17) L. 4, § 4 i. f., L. 6, pr., D. h. t.; L. 11, § 10 i. f., D. *quod vi aut clam* 43, 24; cf. L. 6, § 1, L. 14, § 4, D. h. t.

(18) Arg. L. 29, § 2, D. de *ædil. ed.* 21, 1; Cf. L. 20, D. h. t. — (19) L. 16, D. h. t.

(20) L. 11, § 1, L. 12, D. h. t. — (21) L. 13, pr., D. h. t.

(22) Cf. L. 17, D. h. t. — Voyez encore L. 13, § 1, L. 18, D. h. t.

(23) L. 2 initio, D. h. t.

(24) L. 1, D. h. t. — L. 4, § 4, L. 8, D. h. t.; L. 10, § 1, D. de *rescind. vendit.* 18, 5;

ou de ne pas en profiter⁽²⁵⁾, il n'est point admis à varier dans ses résolutions; la vente doit être maintenue ou résiliée, selon qu'il s'est une fois prononcé dans un sens ou dans l'autre⁽²⁶⁾. Rien n'empêcherait de faire un pacte commissaire en faveur de l'acheteur, pour le cas où le vendeur retarderait la livraison de la chose; notre pacte est aussi possible dans les contrats autres que la vente, si ce n'est dans la convention d'hypothèque⁽²⁷⁾.

C) *Du pacte de rachat ou de réméré*. Ce pacte, appelé par les modernes *pactum de retrovendendo*, est celui par lequel le vendeur se réserve la faculté de racheter la chose, soit pour un prix convenu entre parties⁽²⁸⁾, soit dans le silence du pacte pour le prix de la vente originaire⁽²⁹⁾. Le plus souvent l'exercice de ce droit est restreint dans un certain délai⁽³⁰⁾; mais le droit romain ne regarde pas ce délai comme essentiel⁽³¹⁾, et à défaut d'une convention spéciale, le vendeur jouit pendant trente ans de la faculté de racheter. Le pacte ne forme ni une condition suspensive⁽³²⁾, ni une condition résolutoire; c'est une simple promesse de revendre, une vente nouvelle qui vient s'adjoindre à l'ancienne, et où les rôles des parties à la première vente se trouvent renversés⁽³³⁾; la convention est donc sans effet à l'égard des tiers, le vendeur n'a qu'une action personnelle contre l'acheteur dans le but de poursuivre la revente de la chose, à savoir l'action *venditi* qui résulte du pacte accessoire ajouté à la vente, ou bien l'action *præscriptis verbis* fondée sur la tradition de la chose en vue de sa restitution éventuelle (contrat innommé)⁽³⁴⁾. Cependant, il est au pouvoir des parties de donner au pacte de rachat la forme d'une condition résolutoire, en

L. 23, D. de O. et A. 44, 7; Cf. L. 4, § 1, D. h. t. — L. 6, pr. et § 1, L. 8 i. f., D. h. t.; L. 1, L. 4, C. h. t.; Cf. L. 4, pr., D. h. t. et L. 3, C. h. t. — (25) L. 2, L. 3, D. h. t.

(26) L. 4, § 2, L. 6, § 2, L. 7, D. h. t.

(27) T. I, § 166. — La rétroactivité de la condition résolutoire au point de vue de la propriété est de nouveau combattue par Mavsz, *Cours de D. R.* II, § 354, 3^e et Observation, contrairement à l'opinion universelle des auteurs, et sans motifs concluants.

(28) L. 12, D. de præscr. verb. 19, 3; L. 2, L. 7, C. h. t.

(29) C'est la règle : Arg. des lois précitées. — (30) Mêmes lois.

(31) L. 2, C. h. t., v^o *quandocunque*. — (32) Arg. L. 7 i. f., C. h. t.

(33) Arg. L. 12, D. cit., et L. 2, C. h. t. — (34) L. 2, C. h. t.; L. 12, D. cit.

convenant que la vente sera considérée comme non avenue si le vendeur profite du pacte, et alors la vente se résoudrait avec effet rétroactif, comme dans les deux clauses précédentes⁽⁵⁵⁾; c'est en définitive une question d'intention.

D) *Du pactum protimeseos*. On donne ce nom à la clause par laquelle le vendeur se réserve, dans le cas de revente de la chose par l'acheteur, un droit de préférence sur le tiers acquéreur, en offrant un prix convenu⁽⁵⁶⁾, ou bien le même prix que le tiers⁽⁵⁷⁾. Il ne diffère du pacte précédent que par la circonstance que le droit de rachat est subordonné à la revente de la chose, et, sauf convention contraire, le prix de rachat est celui présenté par le tiers acquéreur plutôt que le prix de la vente originaire⁽⁵⁸⁾; l'acheteur doit naturellement notifier au vendeur les offres qui lui sont faites, pour le mettre à même d'user de son droit de préférence⁽⁵⁹⁾. Ajoutons qu'il existe une préférence légale vis-à-vis d'un tiers acheteur, à l'occasion de la vente d'un droit d'emphytéose, pour le maître du fonds⁽⁶⁰⁾, et dans le cas d'une *in diem addictio*, pour le premier acheteur⁽⁶¹⁾.

E) *Du pactum displicentiæ*. C'est la convention par laquelle l'acheteur se réserve le droit de se désister du marché pendant un certain délai⁽⁶²⁾; ce délai est de l'essence du pacte, car on ne pouvait permettre indéfiniment à l'acheteur de défaire la vente par sa seule volonté; c'est pourquoi dans le silence de la convention, l'acheteur doit se désister endéans les soixante jours⁽⁶³⁾. Tout en formant une

(55) L. 7, C. h. t., cbu. avec L. 2 initio, D. de lege commiss. 18, 5.

(56) L. 122, § 3 initio, D. de V. O. 43, 1.

(57) Arg. L. 7, D. de in diem addit. 18, 2 et L. 3, C. de jure emphyteut. 4, 66, vis et si quidem dominus..... hæc comparare.

(58) L. 73, D. h. t.; L. 21, § 3, D. de A. E. et V. 19, 1.

(59) Arg. L. 8, D. de in diem addit. 18, 2 et L. 3, C. de jure emphyteut. 4, 66, vis disponimus..... accipi potest; Cf. L. 122, § 3, D. de V. O. 43, 1.

(60) T. I, § 155, I, B, 2°. — (61) Supra II, A, 2° du présent paragraphe.

(62) L. 6, D. de rescind. vendit. 18, 5; L. 2, § 3, D. pro emt. 41, 4; L. 31, § 22 initio, D. de ædil. ed. 21, 1.

(63) L. 31, § 22, vis si autem de tempore..... ultra non, cf. vis si vero convenerit..... et § 23, D. de ædil. ed. 21, 1.

véritable condition résolutoire⁽⁴⁴⁾, notre pacte ne résout pas la propriété de plein droit et rétroactivement, par le motif qu'il s'agit d'une condition potestative de la part de l'acheteur ; dès lors il ne pouvait dépendre de sa volonté arbitraire de faire tomber les droits réels que depuis la vente il avait concédés à des tiers⁽⁴⁵⁾ ; mais il en serait de nouveau autrement si la convention portait que la vente sera considérée comme non avenue par le retrait de l'acheteur⁽⁴⁶⁾. Il s'entend de soi que le vendeur aussi peut se réserver la faculté de ne pas tenir la vente, s'il le juge convenable.

F) *Du pactum de non alienando*. Nous nous sommes occupé ailleurs de la défense conventionnelle d'aliéner ; elle n'est valable que si le vendeur a intérêt à ce que l'aliénation ne se fasse point⁽⁴⁷⁾, et elle est généralement dépourvue d'effet à l'égard des tiers, comme ne formant point par elle-même une condition résolutoire⁽⁴⁸⁾.

G) *Des pactes reservati domini vel reservatæ hypothecæ*. Ce sont des clauses par lesquelles, dans une vente faite à crédit, où la seule tradition doit rendre l'acheteur propriétaire en dehors du paiement du prix, le vendeur se réserve, en garantie de ce paiement, soit la propriété de la chose vendue et livrée⁽⁴⁹⁾, soit un droit d'hypothèque sur elle⁽⁵⁰⁾. Cette réserve de la propriété est fréquemment accompagnée d'un bail de la chose, et même ce bail implique déjà la réserve de la propriété⁽⁵¹⁾. Mais aucune de nos deux clauses n'arrête les autres effets du contrat de vente⁽⁵²⁾.

(44) L. 3, D. *h. t.* ; L. 2, § 3 ebn. avec § 4, D. *pro emt.* 41, 4.

(45) L. 3 i. f., D. *quib. mod. pign. solv.* 20, 6 ; Cf. L. 6, D. *de rescind. vendit.* 18, 3 et L. 31, § 22, D. *de ædil. ed.* 21, 1. — T. 1, § 208, IV, B, 2^o i. f.

(46) L. 3, D. *h. t.* ; L. 2, § 3 ebn. avec § 4, D. *pro emt.* 41, 4 ; Cf. L. 4 initio, C. *de ædil. action.* 4, 58. — (47) T. 1, § 127, I, 1^o. — (48) T. 1, § 127, II, B.

(49) Cf. L. 7, § 3 ; D. *de jure dot.* 23, 3, *v^{bi} enimvero si.....*

(50) L. 1, § 4, L. 2, D. *de reb. eor. qui sub tut.* 27, 9.

(51) L. 20, § 2, L. 21, D. *loc.* 19, 2 ; L. 16 initio, D. *de P. et C. R.* 18, 6 ; Cf. L. 20, D. *de prec.* 43, 26. — (52) L. 16 i. f., D. *de P. et C. R.* 18, 6.

II. DES PACTES SIMPLES ET DE LA STIPULATION.

§ 255. *Des pactes simples.*

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES. A part les conventions examinées jusqu'ici, le concours de volontés de deux personnes ne formait à Rome qu'un simple pacte, qui, dépourvu de force civile, ne produisait qu'une obligation naturelle et une exception⁽¹⁾. Mais il existait deux moyens des plus commodes pour donner un caractère civil à la convention :

1° D'abord venait la stipulation : elle permettait de confirmer une convention quelconque, unilatérale ou synallagmatique, sauf à faire dans le second cas une double stipulation, cette forme de contracter étant essentiellement unilatérale⁽²⁾.

2° L'autre moyen était propre aux conventions bilatérales : pour les rendre obligatoires, il suffisait de les convertir en contrats innommés en les exécutant pour son compte ; dès ce moment, on était autorisé à poursuivre par l'action *præscriptis verbis* l'exécution de l'obligation réciproque de l'adversaire⁽³⁾.

II. DES CONVENTIONS RELATIVES A DES JEUX OU A DES PARIS (*D. de aleatoribus* 11, 5; *C. de aleatoribus et alearum lusu* 3, 44). Il y a convention de jeu, lorsque deux personnes font dépendre une chance de gain ou de perte de la seule réalisation ou non-réalisation d'un certain événement ; il y a pari si le gain ou la perte est subordonnée

(1) PAUL, II, 14, § 1; L. 7, § 4, L. 45, D. de pactis 2, 14; L. 5, § 2, D. de solut. 46, 3, *vis quædam (usura) ex pacto naturaliter debebantur*; L. 3, L. 22 initio, C. de usur. 4, 32.

(2) GAIUS, IV, 165 i. f., 180 et 181. — Infra § 254 ebn. avec T. I, § 224, III.

(3) T. I, § 224, II, cf. § 253-267.

à l'exactitude ou à l'inexactitude d'opinions contraires émises par les parties (4).

1° Le droit romain frappe d'une nullité absolue les conventions relatives à des jeux, parce qu'elles sont immorales comme le jeu lui-même (5); il n'y attache ni obligation civile, ni obligation naturelle, c'est-à-dire que le gagnant est non-seulement sans action pour obtenir le paiement de son gain, mais en outre que le perdant est autorisé à répéter par une *condictio sine causa* ce qu'il a pu avoir payé (6); cette action en répétition dure même ici exceptionnellement cinquante ans (7); il n'y a de permis que les jeux tenant à l'adresse ou à l'exercice du corps, et encore avec un enjeu modique d'un solide (13 fr.) au plus (8). Par contre, les paris sont valables (9), mais il faut qu'il s'agisse de paris véritables : les paris faits à l'occasion de jeux sont eux-mêmes des jeux, puisque les gageurs avancent des propositions contraires pour le seul plaisir de se contredire et de gagner de l'argent (10).

2° Si les paris et jusqu'à un certain point les jeux d'adresse sont permis, ils ne fondent cependant, en vertu du droit commun, que des obligations naturelles avec une exception contre l'action en répétition; on les rendait civilement obligatoires, comme tous les pactes simples, en recourant à la forme de la stipulation, qui était d'un usage si universel dans les paris qu'ils prirent le nom de *sponsiones* (11), ou encore en créant un contrat innommé conditionnel par la remise préalable de l'enjeu à l'une des parties : ce contrat qui autorisait la partie dépositaire de l'enjeu à le garder si elle gagnait, l'obligeait pour l'éventualité opposée à restituer le double à l'action *præscriptis verbis* (12).

(4) WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 419. — (5) L. 2, § 1 initio, D. h. t.; L. 1, A initio, C. h. t.

(6) L. 1, A initio et C initio, C. h. t.; Cf. L. 4, § 1-2, D. h. t.

(7) L. 1, A initio, C initio et D, C. h. t. — Cf. L. 1, L. 2, pr., D. h. t.; L. 2, § 1, D. *quar. rer. actio non datur* 44, 5, ebn. avec L. 12, § 11, D. *mand.* 17, 1; Nov. 123, c. 10.

(8) L. 2, § 1, D. h. t.; L. 1, A i. f., B et C. i. f., C. h. t. — Voyez encore L. 4, pr., D. h. t.

(9) L. 37, D. *de R. C.* 12, 1; L. 108, pr., L. 129, D. *de V. O.* 43, 1.

(10) Arg. L. 3, D. h. t. — (11) L. 3, D. h. t. et textes de la note 9.

(12) L. 17, § 3, D. *de præscr. verb.* 19, 5.

§ 254. *De la stipulation.*

- I. de verborum obligatione 3, 15; D. de verborum obligationibus 43, 1;
C. de contrahenda et committenda stipulatione 8, 58.

Voyez les monographies renseignées au T. I, § 225, note 12.

1° *Notion et conditions.* La stipulation (*stipulatio*, parfois *sponsio*) est un mode de contracter, parties présentes, au moyen d'une question du créancier et d'une réponse correspondante du débiteur : *stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet* (1). Ainsi, la stipulation n'est pas un contrat propre, c'est une forme générale de contracter, on peut en revêtir une convention quelconque; outre que la stipulation donne force obligatoire à une infinité de conventions (2), elle sert à assurer l'exécution des obligations civiles par la voie de la fidejussure (3) ou par celle de la clause pénale (4), à les remplacer par d'autres dans la novation (5), enfin à les remettre par l'acceptilation (6). En ce qui concerne ses caractères distinctifs, depuis l'abolition de ses termes solennels par la constitution Léonine (7), la stipulation ne suppose plus qu'une demande du créancier et une réponse du débiteur (8), conformes l'une à l'autre pour qu'il y ait consentement (9), et la présence des parties au contrat : tout intermédiaire, représentant, messenger ou lettre, est exclu (10), il est seulement permis de stipuler par des personnes sous puissance, réputées de simples organes de leur

(1) PAUL, II, 5, § 1 initio; Cf. L. 5, § 1, D. de V. O. 43, 1 et L. 32, § 2, D. de O. et A. 44, 7. — (2) § 5 i. f., I. de divis. stipul. 3, 18; L. 5, pr. in medio, D. h. t.

(3) GAUC, III, 116; § 7, I. de fidejuss. 3, 20; L. 8, pr., D. eod. 46, 1 (T. I, § 179, III, 4°).

(4) § 7, I. h. t.; § 19, I. de inutil. stipul. 3, 19 (T. I, § 220, I).

(5) § 3, I. quib. mod. oblig. toll. 3, 29; L. 11, § 1, L. 9, pr., L. 2, D. de novat. 46, 2 (T. I, § 202, II, D.).

(6) § 1, I. quib. mod. oblig. toll. 3, 29; L. 1, L. 7, L. 8, § 4 i. f., L. 9, D. de acceptil. 46, 4 (T. I, § 200, I). — (7) § 1 i. f., I. h. t.; L. 10, C. h. t. (T. I, § 224, III).

(8) Pr. initio, I. h. t.; L. 1, § 7, L. 32, § 2, D. de O. et A. 44, 7.

(9) PAUL, II, 5, § 1 initio; § 1 initio, I. h. t.; L. 32, § 2, D. de O. et A. 44, 7; L. 1, § 6 initio, D. h. t.; Cf. L. 137, pr., chn. avec L. 1, § 1, D. h. t.

(10) § 12 initio, I. de inutil. stipul. 3, 19; L. 1, pr. initio, D. h. t.; L. 5 initio, C. de inutil. stipul. 8, 59.

chef⁽¹¹⁾; de là l'incapacité de stipuler des muets et des sourds, puisqu'ils ne pouvaient soit prononcer soit entendre les paroles de la stipulation⁽¹²⁾; encore Justinien a-t-il notablement tempéré la nécessité de la présence des parties, en décidant que l'écrit qui constaterait cette présence, ferait foi jusqu'à preuve contraire⁽¹³⁾.

2° *Division des stipulations.* En général, les stipulations sont libres (*stipulationes conventionales*)⁽¹⁴⁾. Mais il n'existe pas moins des cas nombreux où la stipulation est imposée par une autorité publique, en vue de garantir certains droits (*cautiones*)⁽¹⁵⁾; ces stipulations obligées sont elles-mêmes prétoriennes, judiciaires ou communes, suivant que c'est le magistrat ou le juge, ou à la fois le magistrat et le juge qui ont qualité pour les exiger⁽¹⁶⁾.

3° *Effet des stipulations.* La stipulation est essentiellement unilatérale⁽¹⁷⁾; pour créer des obligations réciproques, il est besoin d'une seconde stipulation (*restipulatio*)⁽¹⁸⁾. D'autre part, la stipulation est de droit strict⁽¹⁹⁾; l'action qu'elle produit est désignée par le terme générique d'*actio ex stipulatu*⁽²⁰⁾, mais on parle de préférence d'une *condictio certi* quand l'action a pour objet un *certum*, c'est-à-dire un corps certain ou une quantité déterminée de choses fongibles⁽²¹⁾.

(11) L. 1, pr. i. f., D. h. t.; I. de stipulatione servorum 3, 17; D. eodem 43, 3.

(12) § 7, I. de inutil. stipul. 3, 19; L. 1, § 14-13, D. de O. et A. 44, 7; L. 1, pr. initio, D. h. t.

(13) § 12, I. de inutil. stipul. 3, 19, *v*^{is} Sed quum.....; L. 14, § 2, cf. pr. et § 1, C. h. t.; Cf. § 8, I. de fidejuss. 3, 20.

(14) Pr. et § 3, I. de divis. stipul. 3, 18; L. 3, pr., *v*^{is} alie conventionales, et *v*^{is} Conventionales sunt..... ex negotio contracto, D. h. t.

(15) L. 1, § 4, D. de stipul. præ. 46, 5; L. 38, pr., D. pro socio 17, 2.

(16) Pr., I. de divis. stipul. 3, 18; L. 3, pr. initio, D. h. t. — § 2, I. eod.; L. 3, pr., D. h. t., *v*^{is} Prætorie quæ..... veniunt; L. 6, § 3, D. quod cujuse. univers. 3, 4; L. 1, § 6, D. de stipul. præ. 46, 5; D. judicatum solvi 46, 7; D. ratam rem haberi, et de ratihabitione 46, 8. — § 1, I. eod.; L. 3, pr., D. h. t., *v*^{is} Judiciales sunt..... de dolo cautio; L. 7 i. f., L. 12, D. si serv. vindic. 8, 5. — § 4, I. eod.; L. 3, pr., D. h. t., *v*^{is} Communes sunt.....; D. rem pup. v. adolesc. salvam fore 46, 6. — Cf. L. 1, pr., § 1-3, D. de stipul. præ. 46, 5.

(17) GAIUS, III, 157 i. f.; § 2 i. f., I. de cons. oblig. 3, 22.

(18) GAIUS, IV, 163 i. f., 180 et 181. — (19) L. 5, § 4, L. 6, D. de in litem jur. 12, 3.

(20) PAUL, II, 22, § 2; L. 1, pr. i. f., L. 51, L. 79, D. h. t.

(21) Pr., I. h. t., cbn. avec L. 6, D. de R. C. 12, 1.

III. DES CONTRATS RÉELS.

I. *quibus modis re contrahitur obligatio* 3,14.

A) DU PRÊT DE CONSOMMATION.

D. *de rebus creditis, si certum petetur, et de condicione* 12, 1;

C. *de rebus creditis et iurejurando* 4, 1 (h. t.¹), et *si certum petatur* 4, 2 (h. t.²).

HEIMBACH (G. E.). *Die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten*
p. 151 sq. Leipzig, 1849.

§ 253. *Notion et conditions.*

Le prêt de consommation (*mutuum*⁽¹⁾), *fœnus* pour le prêt à intérêt) est le contrat où l'une des parties donne à l'autre une quantité de choses fongibles, à charge de rendre autant de même espèce et qualité⁽²⁾.

I. Par rapport aux contractants : A) Le prêteur d'abord doit être propriétaire des choses données en prêt⁽³⁾ et capable d'aliéner⁽⁴⁾; car le *mutuum* n'oblige pas seulement à transférer la propriété, il consiste lui-même dans un pareil transfert. Si le prêteur ne réunit pas la double qualité indiquée, le prêt est inexistant; pour déterminer les effets de cette nullité, distinguons entre les deux causes qui peuvent l'amener :

1° Si quelqu'un a voulu donner en prêt des choses fongibles appartenant à autrui, la nullité du prêt signifie que le prêteur est sans action⁽⁵⁾, et naturellement aussi le vrai propriétaire conserve

(1) VARRO, de l. l. IV, 56; Cf. GAIUS, III, 90 i. f.; pr. i. f., I. h. t.; L. 2, § 2, D. h. t.

(2) GAIUS, III, 90; pr., I. h. t.; L. 2, pr. et § 1, D. h. t.

(3) L. 2, § 4, L. 13, § 2 i. f., L. 16, D. h. t.

(4) GAIUS, II, 82 initio; § 2 initio, I. *quib. alien. lic.* 2, 8; L. 9, pr. i. f., D. *de auctor. tut.* 26, 8. — (5) Cf. L. 11, § 2 initio, D. h. t.

son droit de revendication contre l'emprunteur⁽⁶⁾. Mais ces règles se modifient après la consommation des choses reçues. Alors, entre parties, le prêt se confirme *ex post facto*, puisqu'il a atteint matériellement son but, qui était de permettre la consommation; le prêteur acquiert donc l'*actio mutui*⁽⁷⁾. Quant au propriétaire, la consommation a détruit l'objet de sa propriété, et cette circonstance exclut toute revendication de sa part; mais il a un recours personnel contre l'emprunteur ou contre le prêteur, à savoir une action *in factum* en restitution de ce dont ils se sont enrichis s'ils sont de bonne foi, et dans le cas de mauvaise foi une action *ad exhibendum* en dommages et intérêts⁽⁸⁾; il va de soi que l'emprunteur qui a répondu à l'une de ces poursuites de l'ancien propriétaire, est libéré envers le prêteur. On suit des règles identiques, lorsque l'emprunteur d'une somme d'argent la mélange avec son propre numéraire, de manière à l'acquérir par confusion⁽⁹⁾.

2° Si le prêteur était à la vérité propriétaire des choses remises, mais incapable d'aliéner, par suite de la nullité du prêt, il aura a priori conservé la propriété et le droit de revendiquer⁽¹⁰⁾. Mais ici encore la consommation des choses reçues par l'emprunteur détruit la propriété du prêteur, en rendant impossible une revendication ultérieure; dans ce cas il dispose contre l'emprunteur d'une *condictio sine causa* en restitution d'une quantité équivalente⁽¹¹⁾, et s'il y a eu mauvaise foi, d'une action *ad exhibendum* en dommages et intérêts.

B) De son côté l'emprunteur doit pouvoir s'obliger, à cause de la restitution qui lui incombe⁽¹²⁾; mais l'incapable qui a reçu en

(6) L. 11, § 2 i. f. et arg. L. 13, pr., D. h. t.; L. 3, § 2, D. de scito Maced. 14, 6, v¹⁴ quemadmodum ipse Julianus.....

(7) L. 13, pr. i. f. et § 1, L. 19, § 1 i. f., D. h. t.; L. 24, § 2, D. de O. et A. 44, 7; L. 36, § 2 i. f., D. de fidejuss. 46, 1 — (8) Cf. L. 11, § 2 i. f., D. h. t.

(9) L. 78, D. de solut. 46, 3 (T. I, § 118, II i. f.). — Voyez encore L. 34, pr., D. mand. 17, 1; L. 13, D. h. t.

(10) Gaius, II, § 82 initio; § 2 initio, I. quib. alien. lic. 2, 8; L. 3, § 2, D. de scito Maced. 14, 6, v¹⁴ In pupillo autem..... pupillus dat.

(11) Gaius, II, 82 i. f.; § 2 initio, I. quib. alien. lic. 2, 8; Cf. Théophile, eod.

(12) L. 39, D. de O. et A. 44, 7.

prêt, est toujours soumis à une *condictio sine causa* en restitution de ce dont il s'est enrichi⁽¹³⁾. En vertu du sénatus-consulte Macédonien, une incapacité spéciale frappe les fils de famille pour les prêts d'argent⁽¹⁴⁾.

II. Relativement à son objet, le *mutuum* suppose des choses fongibles; si l'emprunteur était astreint à restituer en nature, il y aurait commodat⁽¹⁵⁾. De plus, l'obligation de restituer doit porter sur des choses de même espèce, qualité et quantité : s'il y avait une différence d'espèce ou de qualité, il y aurait échange⁽¹⁶⁾, et si on stipulait la restitution d'une quantité plus forte, cette stipulation serait impuissante à obliger l'emprunteur qui n'est tenu qu'à raison de la dation⁽¹⁷⁾; mais on pourrait convenir qu'il rendra une quantité moins considérable, auquel cas il y a donation pour la différence⁽¹⁸⁾.

III. Enfin au point de vue de sa perfection, le *mutuum* exige la tradition des choses qu'il s'agit de prêter⁽¹⁹⁾. La promesse de prêter (*pactum de mutuando*) est une convention entièrement différente du prêt lui-même : au lieu d'obliger l'emprunteur, elle n'oblige que celui qui doit faire le prêt⁽²⁰⁾; d'ailleurs, dans le système du droit romain, cette promesse ne produit une action qu'à condition d'être revêtue de la forme de la stipulation⁽²¹⁾. C'est naturellement au prêteur à établir par les voies ordinaires la remise des choses qu'il prétend avoir données en prêt. La reconnaissance d'un prêt (chirographe *de mutuo*) ne fait foi qu'après deux années de date, parce que l'on signe souvent de semblables reconnaissances avant la consommation du prêt⁽²²⁾; tant que ce délai n'est pas expiré, le signataire du

(13) L. 3, pr. i. f., D. de auctor. tut. 26, 8.

(14) § 7, I. quod cum eo, qui in al. potest. 4, 7 (T. II, § 312, I).

(15) *Fragm. Vindob.* III, 1 et textes de la note 2. — (16) L. 2, pr. i. f., D. h. t.

(17) L. 17, pr., D. de pact. 2, 14; L. 11, § 1 i. f., D. h. t.; L. 9, pr. et i. f., C. de non numer. pec. 4, 30. — (18) L. 11, § 1 initio, D. h. t.

(19) Pr. initio, I. h. t.; L. 2, § 3 i. f., D. h. t.; L. 6 i. f., D. de secto Maced. 14, 6.

(20) L. 30, D. h. t.

(21) Arg. § 2 initio, I. de except. 4, 13, L. 30, D. h. t. et L. 68, D. de V. O. 43, 1. — Cf. L. 9, § 9, cbn. avec L. 13, D. h. t.; L. 11, pr., D. h. t.

(22) § 2, I. de except. 4, 13; L. 3, L. 14, pr., C. de non numer. pec. 4, 30; L. 2, C. eod.; Cf. § un., I. de liter. oblig. 3, 21. — Avant Justinien le délai fut d'abord d'un an (L. 1,

billet peut, en opposant le moyen de défense connu sous le nom d'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, forcer son adversaire à prouver autrement la réalisation du prêt⁽²⁵⁾; mais comme le porteur du billet aurait pu rendre cette défense impossible, en retardant à dessein la poursuite pendant deux ans, le signataire a le droit dans le cours de ce délai, soit de répéter le billet par une *condictio sine causa*, dite *querela non numeratæ pecuniæ*, dans laquelle le défendeur succombe s'il ne prouve pas le prêt en dehors de l'écrit⁽²⁴⁾, soit de perpétuer son moyen de défense par une protestation⁽²⁵⁾; s'il laisse passer les deux ans sans rien faire, la reconnaissance prouve pleinement le prêt⁽²⁶⁾; mais cette circonstance ne saurait exclure la preuve formelle du contraire⁽²⁷⁾, bien que la plupart des auteurs soient d'un avis différent⁽²⁸⁾.

§ 256. Des effets du prêt de consommation.

I. Règles générales. Le *mutuum* est dominé par le principe qu'il est de droit strict⁽¹⁾; l'*actio mutui* est une *condictio certi*, le *mutuum* ayant toujours pour objet un *certum*⁽²⁾. En conséquence :

C. Hermog. de *cauta et non numer. pec.*, tit. 1), et plus tard de cinq ans (L. 14, pr., C. J. de non numer. pec. 4, 50).

(25) § 2, I. de except. 4, 15; L. 3, L. 9, C. de non num. pec. 4, 30; L. 4, C. eod.; Cf. Nov. 18, c. 8, et Auth. ad L. 4, C. cit.

(24) L. 7, C. de non num. pec. 4, 50; L. 4, C. de condict. ex lege et sine causa 4, 9; L. 3, C. de postul. 2, 6; Cf. L. 1, C. de non num. pec. 4, 50.

(23) L. 14, § 4, L. 8, C. eod.; L. 3, C. h. t.², 4, 2; Nov. 100, c. 1, § 1 i. f. et Auth. ad L. 14, § 4, C. de non num. pec. 4, 50. — Voyez cependant Nov. 156, c. 3-6.

(26) L. 8 i. f., L. 14, pr. in medio, ebn. avec L. 14, § 2 i. f., C. de non num. pec. 4, 50; Nov. 100, c. 1, § 1, v^o *Si vero..... omnino darent*; § un., I. de liter. oblig. 3, 21.

(27) Arg. L. 14, § 3, C. de non num. pec. 4, 50.

(28) Voyez en notre sens MEYER, in Schweppe's R. P. R. III, § 452. — UNTERHOLZNER, I. c. I, § 57. — PECHTA, Pand. § 503 et note q; Vorles. II, § 503, 5^o. — SEUFFERT, Prakt. Pandektenrecht II, § 311 i. f. — ARNDTS, Lehrb. § 281. — Cf. de FRESQUET, Traité élém. de D. R. II, p. 157-158. — NAMUR, Institutes II, § 266, 2^o. — DEMANGEAT, Cours élém. de D. R. II, p. 293-296.

(1) Cic., pro Roscio com. 4, 3; THÉOPHILE, § 3, I. de except. 4, 15; Cf. § 2 i. f., I. de jure nat., gent. et civ. 1, 2.

(2) Pr. i. f., I. h. t.; L. 9, pr., ebn. avec L. 6, D. h. t.; C. si certum petatur 4, 2 (h. t.²); D. de conditione triticiaria 13, 3.

A) Le prêt de consommation ne produit pas d'*actio mutui contraria* au profit de l'emprunteur à raison de ses droits éventuels contre le prêteur ; comme le *mutuum* n'oblige lors de sa conclusion que le seul emprunteur, il ne pouvait non plus, d'après la rigueur du droit, donner naissance qu'à une seule action ; l'emprunteur qui est devenu créancier après coup, doit donc recourir aux actions ordinaires en dommages et intérêts (5).

B) La promesse d'intérêts, comme toute autre clause accessoire au prêt de consommation, n'est civilement obligatoire que si elle a été faite dans la forme de la stipulation (6), sauf :

1° Dans les prêts de consommation autres que ceux d'argent (5).

2° Dans les prêts d'argent destinés à être transportés au delà des mers aux risques du prêteur (6).

3° Dans les prêts d'argent faits par un banquier ou changeur (7), et par le fise ou une cité (8).

II. *Des obligations respectives des parties.* Le prêt de consommation est au moins de fait un contrat synallagmatique imparfait : l'emprunteur y est toujours obligé à l'*actio mutui*, le prêteur peut l'être à des actions spéciales.

1° L'emprunteur est tenu de restituer une quantité égale de choses de même genre, espèce et qualité (9), éventuellement avec les intérêts convenus (10), soit à l'expiration du terme (11), soit, à défaut de terme, à la première demande du prêteur (12). D'après les principes généraux, l'emprunteur étant débiteur de choses indéterminées supporte le cas fortuit (13), à moins que le prêteur ne se soit formelle-

(5) Arg. pr. i. f., l. h. t.

(6) PAUL, II, 14, § 1 ; L. 24, D. de præscr. verb. 19, 5, vis Respondit. non deberi ; L. 7, cf. L. 5, C. de usur. 4, 52. — (5) L. 12, C. eod.

(6) L. 5, § 1, L. 7, D. de naut. fæn. 22, 2. — (7) Nov. 136, c. 4.

(8) L. 1, § 5, L. 17, § 6, L. 50, L. 45 i. f., D. de usur. 22, 1.

(9) L. 5, D. h. t. ; L. 1, § 2 i. f., D. de O. et A. 44, 7 ; L. 80 initio, D. de solut. 46, 3.

(10) L. 7, C. de usur. 4, 52. — (11) L. 57, pr., D. de pact. 2, 14.

(12) L. 14, D. de R. J. 50, 17.

(13) § 2, l. h. t., vis Et si quidem. obligatus permanet ; L. 9, § 9 i. f., D. h. t. ; L. 1, § 4 initio, D. de O. et A. 44, 7 ; L. 11, C. h. t.².

ment engagé à le supporter à sa place. Nous trouvons un remarquable exemple d'un tel engagement dans le prêt maritime, connu à Rome sous le nom de *fœnus nauticum* ou de *pecunia trajectitia*, et aujourd'hui sous celui de *prêt à la grosse (aventure)* (14); il avait pour objet de l'argent destiné à être transporté au delà des mers, en nature ou en marchandises achetées avec l'argent (15); le prêteur avait l'habitude d'y assumer les risques de la traversée, de sorte que l'emprunteur ne devait pas rendre le capital si le navire périssait (16); mais aussi le prêteur stipulait pour cette période de la traversée (17) des intérêts extraordinaires, anciennement sans aucune limitation de taux (18), depuis Justinien au moins jusqu'à douze pour cent (19); les intérêts stipulés au-dessus du taux ordinaire formaient une prime d'assurance que l'emprunteur devait payer en compensation des risques courus par le prêteur. Ce système du prêt maritime fut étendu plus tard à tous les cas analogues (20).

2° De son côté, le prêteur doit réparer le dommage que par son dol ou sa faute il a pu causer à l'emprunteur, ce qui ne se conçoit que dans les prêts de choses fongibles autres que l'argent.

B) DU PRÊT A USAGE.

D. commodati, vel contra 15, 6; *C. de commodato* 4, 25.

KRITZ. *Das Pandektenrecht* 1^{re} partie, II, p. 585-426. Meissen, 1857.

SCHMIDT (G. E.). *Das commodatum und precarium*. Leipzig, 1844.

§ 257. Notion et conditions.

Il y a prêt à usage ou commodat (*commodatum*, de *commodo datum*), lorsqu'on remet une chose à quelqu'un pour s'en servir

(14) D. 22, 2, et C. 4, 33, de *nautico fœnore*. — DE COCK (Th.), de *fœnore nautico*, Liège, 1829. — (15) L. 1, D. de *naut. fœn.* 22, 2.

(16) L. 3, L. 6, v^{is} *Sed quum. videtur*, D. eod.; L. 4, cf. L. 3, C. eod. 4, 33.

(17) L. 4, pr., D. de *naut. fœn.* 22, 2; L. 1, C. eod. 4, 33.

(18) PACT, II, 14, § 3; L. 1, C. de *naut. fœn.* 4, 33.

(19) L. 26, § 1, C. de *usur.* 4, 32, v^{is} *in trajectitiis. nec eam excedere*. — T. I, § 172, III, C, 1^{re}, a i. f.

(20) L. 3, D. de *naut. fœn.* 22, 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 371 i. f. et note 8.

gratuitement, à charge de la restituer en nature après s'en être servi (1).

I. Quant aux parties contractantes, elles doivent toutes les deux être capables de s'obliger, à cause des obligations réciproques auxquelles le commodat peut donner naissance(2), mais il n'est pas nécessaire que le commodant soit propriétaire de la chose prêtée, car le prêt à usage n'implique pas comme le *mutuum* un transfert de la propriété(3).

II. Quant à son objet : 1° Le commodat ne peut avoir pour objet que des choses à la fois non fongibles et non consommables, sinon une restitution individuelle ferait place à la restitution d'un équivalent, et il y aurait *mutuum*(4); mais rien ne s'oppose à ce qu'on prête à usage des choses consommables pour la montre(5).

2° La gratuité est de l'essence du commodat, parce qu'à Rome on le considérait comme un service; la stipulation d'un salaire transforme le contrat en louage de choses ou en contrat innommé, selon que le prix consiste ou non en argent monnayé(6).

III. Quant à sa perfection, le commodat comme le *mutuum* exige une tradition(7), mais il ne transfère que le simple usage de la chose et non la propriété(8).

§ 238. Des effets du prêt à usage.

Le commodat est synallagmatique imparfait : la partie nécessairement obligée est le commodataire, contre lequel se donne l'*actio commodati directa*; le commodant est seulement obligé d'après les circonstances à l'*actio commodati contraria*(1).

(1) ISIDORE, *Orig.* V, 23. — (2) L. 1, § 2, L. 2, L. 3, pr., D. h. t.

(3) L. 13, L. 16, D. h. t.

(4) L. 2, pr. et § 1, D. de R. C. 12, 1; L. 1, § 1 i. f., L. 3, § 6 initio, D. h. t.

(5) L. 3, § 6 i. f., L. 4, D. h. t.; Cf. L. 18, § 1 in medio, D. de R. C. 12, 1. — Cf. T. II, § 229, II, 1°.

(6) § 2 i. f., I. h. t.; L. 3, § 12 initio, D. h. t.; L. 17, § 3, D. de præscr. verb. 19, 5; Cf. L. 17, § 3 initio, D. h. t.

(7) § 2 initio, I. h. t.; L. 1, § 3 initio, D. de O. et A. 44, 7.

(8) § 2, I. cit., v^o *Sed is..... tenetur*; L. 8, L. 9, D. h. t.; L. 1, § 3, D. de præc. 43, 26.

(1) L. 1, pr., L. 17, § 3, v^o *geritur enim..... actionesque civiles*, L. 18, § 4, D. h. t.

I. *Des obligations du commodataire.* 1° Il doit se servir de la chose d'après ce qui a été convenu, ou d'après sa destination naturelle; en cas de violation de cette règle, il répond du dommage qui résulte d'un accident, car cet accident est la conséquence d'une faute (2).

2° Le commodataire est tenu de restituer la chose avec tous ses accessoires (3), après s'en être servi pendant le terme ou pour l'usage convenus (4); il doit même la rendre avant, s'il survient au commodant un besoin pressant et imprévu de sa chose, parce que la justice veut que le prêteur ne souffre pas de dommage en voulant faire un acte d'obligance (5); à défaut de convention tant sur la durée du commodat que sur l'usage de la chose, le commodataire est obligé de restituer à la première demande du prêteur (6).

II. *Des obligations du commodant.* 1° Il doit rembourser à l'emprunteur les dépenses extraordinaires faites à la chose, mais non les impenses ordinaires, puisque l'emprunteur a toute l'utilité de la chose (7).

2° Il doit, si un dol lui est imputable, réparer le dommage qu'ont fait éprouver au commodataire les défauts de la chose empruntée (8).

(2) PAUL, II, 4, § 3; § 2, I. h. t., *v^{is} si modo non..... tenearis*; L. 5, § 7, L. 18, pr., *v^{is} alioquin si..... præstare debet*, D. h. t.; L. 1, § 4 i. f., D. de O. et A. 44, 7; Cf. § 7, I. de obl. quæ ex del. 4, 1; L. 5, § 8, D. h. t.

(3) L. 1, § 3 i. f., D. de O. et A. 44, 7; L. 2, L. 5, C. h. t.; L. 5, § 9, L. 15, § 1, D. h. t.; Cf. L. 5, § 1, D. h. t.; L. 1, C. h. t. — (4) L. 5, pr., L. 17, § 3 initio, D. h. t.

(5) Arg. L. 5, C. de luc. et cond. 4, 65, *v^{is} nisi propriis usibus dominus eam (diætam) necessariam esse probaverit*; Art. 1889, C. civ. fr. — UNTERHOLZNER, I. c. II, § 604, I, 2° i. f. et note g. — SIXTENS, *Civilrecht* II, § 111, I et Ann. 7. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 575, 1° i. f. et note 15. — Contra SCHILLING, *Lehrb.* III, § 271, note q i. f. — MOLITOR, I. c. II, nos 605 et 811, 1°. — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 522, note 10 i. f.

(6) L. 14, D. de R. J. 50, 17.

(7) PAUL, II, 4, § 1; L. 18, § 2, D. h. t.; L. 15, § 2 i. f., L. 59 i. f., D. de furt. 47, 2.

(8) L. 17, § 3 i. f., L. 18, § 5, L. 22, D. h. t.; Cf. L. 61, § 6, D. de furt. 47, 2.

C) DU DÉPÔT.

D. *depositi vel contra* 16, 3; C. *depositi* 4, 54.§ 259. *Notion et conditions.*

Le dépôt consiste à remettre à quelqu'un une chose mobilière, pour qu'il la garde gratuitement et la restitue à la première réquisition : *depositum* (de *de* et *ponere*) est, *quod custodiendum alicui datum est*(1).

1° Quant aux parties, elles doivent, comme dans le commodat et pour les mêmes motifs, être capables de s'obliger(2), sans que le déposant ait besoin d'être propriétaire de la chose déposée(3).

2° Quant à l'objet du dépôt, l'on ne peut, déjà en vertu du sens grammatical du mot, déposer que des choses mobilières(4), et la gratuité est de l'essence du contrat(5).

3° Quant à la perfection du dépôt, elle exige une tradition(6), faite dans le but de confier à l'*accipiens* la garde de la chose(7).

§ 260. *Des effets du dépôt.*

Le dépôt est synallagmatique imparfait ; il produit l'*actio depositi directa* contre le dépositaire qui est toujours obligé, et l'*actio depositi contraria* contre le déposant à raison de ses obligations éventuelles (1).

I. *Des obligations du dépositaire.* 1° Il est tenu de veiller à la garde et à la conservation de la chose déposée(2), et ne peut en faire aucun usage personnel sans la permission du déposant(3).

(1) L. 1, pr., D. h. t.; Cf. L. 186, D. de V. S. 30, 16; L. 24 initio, L. 26, pr., D. h. t.

(2) L. 1, § 13, D. h. t. — (3) L. 1, § 59 et 11, D. h. t.

(4) Cf. *Code Visigoth*; PAUL, II, 12, § 7.

(5) L. 1, § 8-9, L. 34, cf. L. 24 i. f., v° *beneficium*, D. h. t.

(6) § 5 initio, I. h. t.; L. 1, § 3 initio, D. de O. et A. 44, 7.

(7) L. 1, pr., cf. § 12, D. h. t.

(1) L. 1, § 1, L. 3, pr. initio, D. h. t.

(2) L. 1, pr. et § 16, D. h. t. — Mais voyez § 5, I. h. t.; L. 1, § 10 i. f., L. 32, D. h. t.; L. 1, § 3, D. de O. et A. 44, 7; L. 1, C. h. t. (T. I, § 194, I).

(3) PAUL, II, 12, § 3; L. 29, pr., D. h. t.; L. 3 initio, C. h. t.; Cf. L. 3 i. f., C. cit.; L. 67, pr. i. f., D. de furt. 47, 2.

2° Il doit restituer le dépôt dès que le déposant lui en fait la demande⁽⁴⁾, alors même qu'un terme aurait été apposé au dépôt, car ce terme est établi au profit exclusif du déposant qui doit être libre d'y renoncer⁽⁵⁾. Il est conforme aux principes généraux que le dépositaire ne puisse refuser de restituer la chose déposée sous le prétexte qu'il l'a acquise depuis le contrat⁽⁶⁾, ni sous celui d'une opposition faite à la restitution par un tiers qui se prétend propriétaire⁽⁷⁾; mais de plus, la confiance que suppose le dépôt imprime à l'obligation de restituer un caractère en quelque sorte sacré; le dépositaire ne peut s'y soustraire, ni en opposant en compensation une créance réciproque, qui présente au reste toutes les conditions de la compensabilité⁽⁸⁾, ni en invoquant les impenses faites à la chose déposée, pour exercer sur elle un droit de rétention⁽⁹⁾. Remarquons encore que le dépositaire reconnu coupable de dol encourt l'infamie, parce qu'il a trompé la confiance du déposant⁽¹⁰⁾.

II. *Des obligations du déposant.* 1° Il doit rembourser au dépositaire les impenses de toute nature qu'il a faites à la chose déposée⁽¹¹⁾.

2° Il est astreint à réparer le dommage qu'a causé au dépositaire le vice de la chose, quand il lui est imputable⁽¹²⁾.

§ 261. *De quelques espèces particulières de dépôts.*

I. *Du dépôt nécessaire.* On appelle dépôt nécessaire (*depositum miserabile*), par antithèse au dépôt ordinaire qualifié alors de volon-

(4) L. 1, § 22, D. h. t.; L. 11 initio, C. h. t.; Cf. L. 1, § 5 et 24, L. 28, D. h. t.; L. 38, § 10, D. de usur. 22, 1; L. 3, L. 4, C. h. t. — (5) L. 1, § 43-46, D. h. t.

(6) L. 11, C. h. t., vis *actiones... in rem vel hypothecarium prætendens*; Cf. L. 31, pr., et § 1 initio, D. h. t. — Cf. T. II, § 250, II, C.

(7) Nov. 88, c. 1, et Auth. ad L. 11, C. h. t.; Cf. L. 11, C. cit. vis *Quod si in scriptis.....*

(8) § 50 i. f., I. de action. 4, 6; L. 14, § 1 i. f., C. de compens. 4, 31; L. 11, C. h. t., vis *Si quis..... restituantur* (T. I, § 201, II, F. 2°).

(9) L. 11, C. h. t., vis *Si quis..... retrahatur*.

(10) § 2 initio, I. de pœna temere litig. 4, 16; L. 1, D. de his, qui not. inf. 3, 2; L. 10, C. h. t. — (11) L. 23, cf. L. 3, pr. i. f., L. 12, pr., D. h. t.

(12) L. 61, § 3, D. de furt. 47, 2.

taire, celui qu'on est forcé de faire à l'occasion d'un accident⁽¹⁾. Tout ce qu'il offre de particulier en droit romain, c'est que le déposant n'ayant pas la liberté de choisir le dépositaire, celui-ci, s'il se rend coupable d'un dol, encourt outre l'infamie⁽²⁾ une condamnation au double⁽³⁾.

II. *Du séquestre*⁽⁴⁾. Le séquestre (*sequestrum*, *sequestratio*) est un dépôt fait dans le but de sauvegarder les intérêts contraires de plusieurs personnes⁽⁵⁾; le dépositaire s'appelle également séquestre (*sequester*)⁽⁶⁾, et tel est encore le nom que l'on donne en français à la chose déposée elle-même. Le séquestre, étant un dépôt véritable, est soumis à la théorie générale de ce contrat, et donne naissance à l'*actio depositi sequestraria*⁽⁷⁾. Mais il présente ce caractère distinctif qu'il suppose plusieurs personnes ayant des intérêts contraires⁽⁸⁾, sans qu'il faille nécessairement un procès, ni même une contestation proprement dite⁽⁹⁾; ainsi s'expliquent les règles suivantes :

1° Le séquestre peut être ordonné en justice⁽¹⁰⁾; de là la division du séquestre en volontaire et nécessaire ou judiciaire.

2° Il peut avoir pour objet des immeubles⁽¹¹⁾ comme des meubles, voire même des personnes⁽¹²⁾.

3° Il est possible d'accorder au séquestre la possession juridique

(1) L. 1, § 1-3, D. h. t. — (2) T. II, § 260, note 10.

(3) L. 1, § 1 et 4, L. 18, D. h. t.; § 17 i. f., et 26 initio, I. de action. 4, 6.

(4) MÜLLER, *Sequestration und Arrest im römischen Rechte* p. 35 sq., Leipzig, 1856.

(5) L. 6, L. 17, pr. initio, D. h. t.; L. 110, D. de V. S. 30, 16; AULU-GELLE, XX, 11; ISIDORE, Orig. X, v° *Sequester*. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 580, note 2.

(6) Cf. L. 110, D. de V. S. 30, 16.

(7) L. 5, § 1-2, L. 12, § 2, D. h. t.; Cf. L. 9, § 3 in medio, D. de dolo malo 4, 3.

(8) L. 6, L. 17, pr. initio, D. h. t.; L. 110, D. de V. S. 30, 16.

(9) L. 22, § 8 i. f., D. sol. matrim. 24, 3; L. 5, C. comm. utr. jud. 3, 58; L. 5 initio, L. 6, C. h. t.

(10) L. 22, § 8 i. f., D. sol. matrim. 24, 3. — L. 5, C. comm. utr. jud. 3, 58. — L. 7, § 2, D. qui satisd. cog. 2, 8. — L. 1, § 37 i. f., L. 5, § 2 i. f., D. h. t. — L. 21, § 3, D. de appell. 49, 1; L. 5, C. quor. appell. non recip. 7, 63. — L. 5, § 6, D. de lib. exhib. 45, 50; L. 1, § 10, D. de insp. ventre 25, 4. — Cf. L. un., C. de prohib. sequest. pec. 4, 4. — (11) Arg. L. 22, § 8 i. f., D. sol. matrim. 24, 3.

(12) L. 5, § 6, D. de lib. exhib. 45, 50; L. 1, § 10, D. de insp. ventre 25, 4.

de la chose déposée⁽¹⁵⁾, afin d'interrompre l'usucapion de l'une des parties⁽¹⁴⁾.

4° La restitution du séquestre se fait à l'époque⁽¹⁵⁾ et à la personne⁽¹⁶⁾ désignées par les intéressés ou par le juge.

III. *Du dépôt irrégulier.* 1° Le dépôt est dit irrégulier lorsqu'il a pour objet des choses fongibles, et qu'en vertu de la volonté expresse⁽¹⁷⁾ ou tacite⁽¹⁸⁾ des parties, le dépositaire n'est pas tenu de les conserver en nature, mais peut restituer autant de même espèce et qualité. C'est là toujours un véritable dépôt, un contrat de confiance, conformément à l'intention des parties; la circonstance que le dépositaire, par suite de la fongibilité des choses déposées, n'en doit que l'équivalent, ne peut raisonnablement modifier le caractère de l'acte juridique et en faire un prêt de consommation⁽¹⁹⁾. Il faut donc lui appliquer autant que possible les principes du dépôt : ainsi point de compensation⁽²⁰⁾, et le dépositaire devra payer des intérêts non-seulement en vertu d'un simple pacte⁽²¹⁾ ou de la demeure⁽²²⁾, mais par cela seul qu'il aura fait emploi des choses déposées⁽²³⁾; toutefois il s'entend de soi que comme débiteur d'un genre il supportera les risques et périls⁽²⁴⁾.

2° Il en est autrement si, en remettant à quelqu'un des choses fongibles, l'on convient expressément qu'il pourra s'en servir pour son usage personnel : si une pareille autorisation est donnée lors du contrat même, il y a *mutuum* dès le principe, ou du moins, dans le cas où l'*accipiens* se borne à stipuler le droit de se servir des choses

(15) L. 17, § 1 initio, D. h. t.; L. 59, D. de A. v. A. P. 41, 2 (T. I, § 85, I, A, 1°).

(14) L. 59, D. cit.; Cf. L. 17, § 1 i. f., D. cit.

(15) L. 5 initio, L. 6, C. h. t.; L. 7, § 2, D. qui satisd. cog. 2, 8; L. 9, § 5 initio, D. de dolo malo 4, 5; Cf. L. 5, § 2, D. h. t. — (16) L. 59 i. f., D. de A. v. A. P. 41, 2.

(17) L. 24, L. 26, § 1, D. h. t. — (18) L. 51, D. loc. 19, 2, v^{is} Idem juris..... solvere.

(19) Arg. L. 25, § 1, v^{is} iudicio depositi, L. 26, § 1, v^{is} actione depositi, D. h. t.

(20) T. II, § 260, note 8. — (21) L. 24, v^{is} si tamen ab initio....., L. 26, § 1, D. h. t.

(22) L. 24, v^{is} Et est quidem..... dedit, L. 25, § 1, D. h. t.

(23) L. 28, L. 29, § 1, D. h. t.

(24) Arg. L. 51, D. loc. 19, 2. — Voyez encore L. 7, § 2 i. f., D. h. t., et L. 24, § 2, D. de R. A. J. P. 42, 5, v^{is} Sed enim..... aliud deponere, cf. v^{is} Si tamen.....

reçues s'il le juge convenable, le dépôt se transforme en *mutuum* le jour où le dépositaire profite de cette faculté (25); que si l'autorisation d'user des choses reçues est postérieure à la perfection du dépôt, celui-ci devient encore un *mutuum* par le fait de l'autorisation (26). Remarquons d'autre part que le dépôt de choses *non fungibles* forme en réalité un commodat, un louage ou tout autre contrat, ou bien qu'il se convertit en l'un de ces contrats, lorsque le *tradens* permet à l'*accipiens* de se servir de la chose livrée, de la même manière que le dépôt de choses fungibles prend le caractère d'un prêt de consommation (27).

D) DU CONTRAT DE GAGE.

D. de *pignoratitia actione*, vel *contru* 15, 7; C. de *pignoratitia actione* 4, 24.

DEHNBURG. *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* I, § 16-19. Leipzig, 1860.

§ 262. *Notion et conditions.*

Le contrat de gage (*pignus*, vel *pignoris conventio*) consiste à remettre une chose à un créancier en sûreté de sa créance, à charge de restituer après avoir été satisfait.

1° Quant aux sujets, le constituant, qui peut être le débiteur lui-même ou un tiers (1), doit être capable d'aliéner, puisqu'il s'agit de concéder un droit réel, par conséquent de faire une aliénation partielle (2); de son côté le créancier doit avoir la capacité de s'obliger le cas échéant. Mais il ne faut pas que le constituant soit propriétaire de la chose qu'il veut engager, nonobstant la règle d'après laquelle le propriétaire d'une chose a seul qualité pour concéder un droit de gage sur elle (3); l'absence d'un droit réel de

(25) L. 4, pr., L. 10, D. de R. C. 12, 1; L. 54, D. h. t.

(26) *Collatio* X, 7, § 9; L. 9, § 9, D. de R. C. 12, 1; L. 54, pr., D. *mand.* 17, 1, *vis quod si pecunium..... tui fiant.*

(27) L. 76, pr., D. de *furt.* 47, 2; L. 1, § 9, D. h. t.

(1) L. 3, § 2, D. de *pignor.* 20, 1. — (2) *Arg.* L. 1, pr., D. *quæ res pignori* 20, 3.

(3) L. 2, D. h. t. (T. I, § 160, I, A).

gage n'empêche point le contrat de gage d'exister avec tous ses effets ordinaires; ce contrat produit même alors, comme effet particulier, un recours en garantie contre le constituant⁽⁴⁾.

2° Quant à son objet, le contrat de gage peut porter sur tout ce qui admettant une possession est de nature à remplir le but du gage⁽⁵⁾. L'inexistence de la dette n'empêche point les effets du contrat⁽⁶⁾, bien qu'alors il n'y ait pas de droit réel⁽⁷⁾.

3° Quant à sa perfection, le contrat de gage exige la remise de la chose⁽⁸⁾, avec l'intention de constituer une hypothèque sur elle.

§ 263. *Des effets du contrat de gage.*

C'est encore un contrat synallagmatique imparfait : le créancier gagiste est nécessairement obligé et soumis à l'*actio pignoratitia directa*; le constituant du gage n'a que des obligations accidentelles, qui sont poursuivies par l'*actio pignoratitia contraria*⁽¹⁾.

1. *Des obligations du créancier gagiste.* 1° Il doit veiller à la garde et à la conservation de la chose engagée⁽²⁾, en s'abstenant comme le dépositaire d'en faire aucun usage personnel⁽³⁾. Si la chose engagée rapporte des fruits, il peut à la vérité les percevoir, mais à charge de les imputer sur la dette⁽⁴⁾, en commençant par les intérêts⁽⁵⁾. Ce n'est que lorsque la dette est non productive d'intérêts qu'il a de plein droit, et en vertu de la volonté présumée des parties, la faculté d'appliquer les fruits à son profit personnel, pour lui tenir lieu d'intérêts dans les limites du taux légal (antichrèse tacite)⁽⁶⁾.

(4) L. 9, pr. et § 4, L. 16, § 1, L. 22, § 2, L. 32, D. *h. t.*

(5) L. 12, D. *de pignor.* 20, 1. — (6) L. 11, § 2, D. *h. t.*

(7) L. 1, L. 2, C. *si pign. convent. numer. sec. non sit* 8, 53 (T. I, § 159, 1).

(8) § 4 initio, l. *h. t.*; L. 1, § 6, D. *de O. et A.* 44, 7.

(1) § 4, l. *h. t.*; L. 9, § 4, D. *h. t.* — L. 8, pr., L. 22, § 3, D. *h. t.*

(2) § 4, l. *h. t.*; L. 3, § 2, D. *commod.* 15, 6, *vi ut in pignore*; L. 15, § 1, L. 14, L. 15, D. *h. t.*; L. 7, cf. L. 5, L. 6, L. 8, L. 9, C. *h. t.*

(3) Cf. L. 14, § 16, L. 34, pr., D. *de furt.* 47, 2.

(4) L. 1-3, L. 12, C. *h. t.*; L. 22, § 2, D. *h. t.*

(5) L. 2, C. *de partu pign.* 8, 25; L. 5, § 21, D. *ut in poss. leg.* 36, 4, *vi Et quum exemplum..... imputari.*

(6) L. 8, D. *in quib. caus. pign. tac. contrah.* 20, 2; L. 11, § 1, D. *de pign.* 20, 1; L. 17, C. *de usur.* 4, 32 (T. I, § 163, 1°).

2° Le créancier est tenu de restituer la chose engagée dès qu'il a été satisfait (7) ; s'il a vendu le gage, il doit remettre l'excédant éventuel du prix de vente sur le montant de sa créance (8).

II. *Des obligations du constituant.* 1° Il est tenu de garantir que la chose engagée lui appartient, libre de charges⁽⁹⁾ et exempte de vices cachés⁽¹⁰⁾, sinon il est obligé de fournir un nouveau gage⁽¹¹⁾.

2° Il doit rembourser au créancier gagiste toutes ses impenses⁽¹²⁾.

3° Réparer le dommage qu'a subi le créancier par le vice de la chose engagée⁽¹³⁾.

4° Le décharger des obligations contractées à l'occasion de la vente de la chose⁽¹⁴⁾.

E) DE L'ÉCHANGE; § 264.

D. de rerum permutatione 19, 4;

C. de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione 4, 64.

L'échange consiste à donner une chose à quelqu'un, dans l'intention d'en recevoir une autre en retour. Historiquement, la vente qui suppose l'invention de la monnaie, a été postérieure à l'échange⁽¹⁾, et en fait elle n'est que l'échange d'une chose contre du numéraire⁽²⁾. Dès lors il n'est pas étonnant qu'à Rome on se soit posé la question de savoir si la vente et l'échange formaient bien deux contrats distincts : la vente n'était-elle pas une simple variété de l'échange,

(7) § 4 initio, I. h. t.; L. 9, § 3-5, L. 11, § 1, ebn. avec L. 10, L. 11, pr., D. h. t.; L. 1, § 11, C. h. t.; Cf. L. 82, § 7, D. de furt. 47, 2. — Mais voyez L. un., C. etiam ob chir. pec. pign. teneri posse 8, 27 (T. I, § 166, II).

(8) L. 42, D. h. t.; L. 6, § 1, L. 7, L. 24, § 2, D. h. t.; Cf. L. 20, C. de distr. pign. 8, 28.

(9) L. 9, pr., L. 16, § 1, L. 52, L. 56, § 1, D. h. t.; L. 6, C. si aliena res 8, 16.

(10) L. 34, D. de fidej. 46, 1; L. 1, § 2, D. h. t. — Voyez aussi L. 56, pr., D. h. t.

(11) Arg. L. 34, D. de fidej. 46, 1, vis quod interest creditoris.

(12) L. 8, pr., D. h. t.; L. 29 i. f., D. fam. erc. 10, 2; L. 7, C. h. t.; L. 6, C. de pignor. 8, 14; Cf. L. 25, D. h. t.

(13) L. 61, § 1 et 5, D. de furt. 47, 2; L. 51, D. h. t. — (14) L. 22, § 4, L. 25, D. h. t.

(1) L. 1, pr., cf. § 1, vis Sabinus Homero teste..... emerat ex bonis suis, D. de contr. emt. 18, 1. — (2) Cf. L. 1, pr. i. f., D. eod.

ou plutôt l'échange, à cause de sa rareté relative, une variété de la vente? Les Sabinien soutenaient la dernière opinion, car leur doctrine que le prix de vente ne devait pas être du numéraire, ne signifiait pas autre chose, elle faisait rentrer l'échange dans la vente; mais l'opinion des Proculéens prévalut, et l'on fit de la vente et de l'échange deux contrats distincts⁽⁵⁾. Il n'en est pas moins vrai que l'échange est un contrat similaire à la vente⁽⁴⁾ et très-généralement régi par la même théorie⁽⁵⁾, sauf les modifications suivantes :

1° La vente est un contrat consensuel, l'échange un contrat réel, et particulièrement de la catégorie des contrats réels innommés⁽⁶⁾. A titre de contrat réel, il ne se parfait point comme la vente par le seul consentement des parties; ce consentement n'est qu'un pacte dépourvu d'action, il ne devient contrat que par la remise de l'une des choses à échanger⁽⁷⁾. Comme contrat réel innommé, l'échange, à la différence de la vente, renferme une condition résolutoire tacite garantie par la *condictio causa data causa non secuta*, pour le cas où le cocontractant ne remplirait pas ses engagements⁽⁸⁾.

2° Tandis que le vendeur ne doit procurer à l'acheteur que la paisible possession de la chose vendue (*tradere*), les copermutants sont directement tenus de transférer la propriété (*dare*)⁽⁹⁾; d'où la conséquence qu'ils peuvent agir en garantie l'un contre l'autre avant toute éviction effective, dès qu'ils ont appris le vice dans les droits de leur cocontractant⁽¹⁰⁾.

3° Dans l'échange la tradition transfère la propriété par elle-même, peu importe que l'*accipiens* n'ait pas encore fait de tradition réci-

(5) GAIUS, III, 141; § 2, I. de *emt. et vend.* 5, 25; L. 1, § 1, D. de *contr. emt.* 18, 4; L. 7, C. h. t. — T. II, § 226, II, B, 1°.

(4) L. 2, C. h. t., L. 2 initio, D. h. t.; L. 15 initio, D. *quib. ex caus. in poss. eatur* 42, 4.

(5) L. 2, D. h. t.; L. 19, § 3 i. f., D. de *adit. ed.* 21, 1. — L. 5, § 1 i. f., D. de *præscr. verb.* 19, 5. — (6) L. 7, § 2 initio, D. de *pact.* 2, 14; L. 5, § 1, D. de *præscr. verb.* 19, 5.

(7) L. 1, § 2, D. h. t.; L. 5, L. 4, C. h. t.

(8) L. 4, § 4, D. h. t.; L. 5, § 1, *vis vel si meum. re non secuta*, D. de *præscr. verb.* 19, 5; L. 4 i. f., L. 5, L. 7, C. h. t.; L. 16, D. de *condict. c. d. c. n. s.* 12, 4 (T. I, § 216, IV). — (9) L. 1, § 5, *ebn.* avec le *pr.*, D. h. t.

(10) L. 16, D. de *condict. c. d. c. n. s.* 12, 4, *vis Finge, alienum. non feceris* (T. I, § 217, I, B, 2°, a, *ebn.* avec T. II, § 226).

proque; dans la vente, l'acheteur ne devient propriétaire que par le paiement du prix⁽¹¹⁾.

4° L'échange n'est pas rescindable pour cause de lésion énorme⁽¹²⁾.

F) DU CONTRAT ESTIMATOIRE; § 265.

D. de *æstimatoria* 19, 3.

CHAMBRON. *Beiträge zum Obligationenrecht* I, p. 1-180. Léna, 1851.

BRINZ. *Kritische Blätter zivilistischen Inhalts* n° 1. Erlangen, 1852.

Le contrat estimatoire est celui où, après avoir estimé une chose, on la donne à quelqu'un pour la vendre et nous rapporter soit le montant de l'estimation, soit la chose elle-même⁽¹⁾. Un pareil arrangement présente sans nul doute le caractère général d'un louage de services : le commissionnaire est chargé de vendre pour le chiffre de l'estimation, s'il n'y parvient pas il doit rendre la chose; sa rétribution consiste, à part le salaire fixe qu'il a pu stipuler⁽²⁾, dans l'excédant du prix de vente sur l'estimation; donc aussi par analogie du louage de services, le commettant conserve provisoirement la propriété⁽³⁾, et le commissionnaire répond de sa faute⁽⁴⁾, mais non du cas fortuit⁽⁵⁾, sauf convention contraire⁽⁶⁾. Ce qui seul distingue le contrat estimatoire du louage de services, en le rapprochant de la vente, c'est la faculté dont jouit le commissionnaire de garder la chose pour son compte, moyennant de payer

(11) L. 4 initio, C. h. t.; L. 54, pr. i. f., D. de auro, arg. leg. 54, 2 (T. I, § 102, I).

(12) T. I, § 219, I, A, 1^o.

(1) L. 1, pr. initio, et § 1 i. f., D. h. t.; L. 17, § 1 initio, D. de præscr. verb. 19, 5.

(2) L. 2, D. h. t. — (3) Arg. L. 5, § 18, D. de tribut. act. 14, 4.

(4) L. 17, § 1, D. de præscr. verb. 19, 5, *vis ut dolum et culpam mihi præstes*.

(5) PAUL, II, 4, § 4, *vis Si rem..... meo periculo erit*; L. 17, § 1, D. de præscr. verb. 19, 5, *vis Et ait Labeo..... meum esse periculum, et vis si neuter nostrum..... præstes*; L. 11, pr., D. de R. C. 12, 1, *vis ut, si venale..... dedissem vendendam*.

(6) PAUL, l. c., *vis si tu me.....*; L. 17, § 1, D. cit., *vis si tu me (rogavis), tuum (esse periculum)*; L. 1, § 1, D. h. t. (T. I, § 194, II, B, 2^o). — En ce sens MOLITOR, l. c. II, n° 755. — SINTENIS, *Civilrecht*, II, § 117, Anm. 3. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 585. — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 529, 2^o. — Cf. SCHILLING, *Lehrb.* III, § 327. — CONTRA PUCHTA, *Pand.* § 515, et *Vorles.* II, *cod.*

l'estimation au propriétaire⁽⁷⁾; pour ce motif l'on fit du contrat estimatoire un contrat propre; on le rangea parmi les contrats réels innommés, en y attachant l'action *præscriptis verbis* avec l'épithète subsidiaire d'*æstimatoria*⁽⁸⁾; à ce titre il ne se parfait que par la remise de la chose⁽⁹⁾. D'ailleurs, le rapport dont il s'agit peut très-bien former purement et simplement un louage de services ou un mandat⁽¹⁰⁾.

G) DU PRÉCAIRE; § 266.

D. de precario 45, 26; C. de precario et Salviano interdicto 8, 9.

SCHMIDT (G. E.). *Das commodatum und precarium*. Leipzig, 1841.

BULLING. *Das precarium*. Leipzig, 1846.

Le précaire est un contrat où l'on abandonne à quelqu'un l'usage d'une chose ou l'exercice d'un droit, gratuitement et à titre de pure obligeance : *precarium est quod precibus petentis utendum conceditur tandiu, quamdiu is, qui concessit, patitur*⁽¹⁾. Le précaire est au fond un commodat⁽²⁾ et régi par les mêmes principes⁽³⁾; mais c'est un acte d'obligeance, un bon service, que les parties ne veulent pas assujettir aux règles du droit : le prêteur n'entend pas se lier vis-à-vis de l'emprunteur, et celui-ci de son côté ne veut pas à proprement parler s'engager vis-à-vis du prêteur⁽⁴⁾. Ce commodat ainsi relâché, qui dut vraisemblablement son origine aux concessions de terrains publics faites par les patriciens à leurs clients⁽⁵⁾, se sépare du commodat ordinaire sous les points de vue suivants :

(7) SINTENIS, *Civilrecht* II, § 117 i. f. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 385, avec les notes 6 et 7.

(8) L. 1, pr., D. h. t.; L. 15, pr., L. 17, § 1 i. f., D. de præscr. verb. 19, §.

(9) L. 1, pr., D. h. t., vis quum res æstimata vendenda DATUM.

(10) Voir même une société : L. 44, D. pro socio 17, 2; cf. L. 15, pr., D. de præscr. verb. 19, §.

(1) L. 1, pr., D. h. t. — (2) L. 1, § 3, D. h. t.

(3) L. 4, pr. et § 3, L. 6, § 4, L. 7, L. 9, L. 18, L. 22, § 1, D. h. t.

(4) L. 14 i. f., D. h. t.; L. 1, § 1, L. 2, § 2 initio, L. 8, § 3 i. f., D. h. t. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 376 initio. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 691, Anm., nos II et III initio.

(5) FESTUS, *vo Patres*. — NIEBUHR, *Röm. Geschichte* II, p. 167. — DE SAVIGNY, *Besitz* § 42 i. f.

1° Le concédant est libre de revenir à chaque instant sur sa concession⁽⁶⁾, même avant l'expiration du terme fixé⁽⁷⁾. Il y a plus : le précaire cesse de plein droit par le décès du précariste, car le concédant n'a voulu rendre qu'un service personnel⁽⁸⁾; la mort du concédant est par elle-même sans influence, mais ses héritiers peuvent révoquer le précaire comme leur auteur⁽⁹⁾.

2° D'autre part, le précariste peut se gérer comme une espèce de maître par rapport à la chose concédée : il en a la possession juridique sauf convention contraire⁽¹⁰⁾, et ne répond que de son dol et de sa faute lourde⁽¹¹⁾. Anciennement même le précaire ne créait aucune obligation contractuelle de restituer; le concédant ne disposait que de la revendication, s'il était propriétaire de la chose, pour forcer le concessionnaire, comme tout autre tiers possesseur de la chose, à lui en faire la restitution. Aussi est-il probable qu'à cette époque le précaire était généralement consenti à des personnes qui avaient certains droits par rapport à la chose concédée, comme à l'acheteur jusqu'au paiement du prix⁽¹²⁾, mais surtout à un débiteur fiduciaire qui venait d'engager sa chose par fiducie⁽¹³⁾, et plus tard au débiteur qui avait donné un gage prétorien à son créancier⁽¹⁴⁾; dans la dernière espèce où le précariste était propriétaire, l'abandon ne lui conférait que la simple détention, puisqu'il avait pour objet l'exercice de la possession plutôt que celui de la propriété (*precarium possessionis, non proprietatis*)⁽¹⁵⁾. Dans la suite le concédant

(6) L. 1, pr. et § 2, L. 2, § 2 initio, L. 13, pr., D. h. t. — (7) L. 12, pr., D. h. t.

(8) L. 12, § 1, D. h. t.; Cf. PAUL, V, 6, § 12.

(9) L. 8, § 1, L. 12, § 1 initio, D. h. t.; Cf. L. 4, D. loc. 19, 2.

(10) L. 2, § 5, L. 4, § 1, L. 17 ebn. avec L. 13, § 4, D. h. t.; Cf. L. 6, § 2, D. h. t., L. 10, § 1, D. de A. v. P. 41, 2, et L. 53, § 6, D. de usurp. 41, 3, *vi Facilius obtinebitur* (T. I, § 85, I, A, 1°).

(11) L. 8, § 5, 5 et 6, D. h. t.; L. 23, D. de R. J. 30, 17, *vi dolum tantum, ... precarium* (T. I, § 194, II, A, 5°).

(12) L. 20, D. h. t.; L. 15, § 21, D. de A. E. et V. 49, 1; L. 11, § 12, D. quod vi aut clam 43, 24. — (13) ARG. GAIUS, II, 60 i. f. (T. I, § 154, I, 1°).

(14) L. 6, § 4, L. 11, D. h. t.; L. 53, § 1, D. de P. A. 13, 7.

(15) L. 6, § 4, D. h. t.; L. 53, § 6 i. f., D. de usurp. 41, 3; L. 28 i. f., D. de A. v. A. P. 41, 2; Cf. L. 22, pr. i. f., D. h. t.

reçut du prêteur l'interdit *de precario* en recouvrement de la possession⁽¹⁶⁾. Enfin au second siècle de l'ère chrétienne, le précaire prit rang parmi les contrats innommés, et produisit dorénavant l'action *praescriptis verbis* en restitution de la chose⁽¹⁷⁾. Mais nonobstant ces réformes, le précaire conserva son caractère de commodat de complaisance.

5° En dernier lieu, le précaire a une sphère plus étendue que le commodat : il peut avoir pour objet non-seulement des choses corporelles, pourvu qu'elles soient non fongibles et non consommables⁽¹⁸⁾, mais aussi des droits et particulièrement des servitudes⁽¹⁹⁾.

H) DE LA TRANSACTION; § 267.

D. 2, 13, et C. 2, 4 de transactionibus.

RISCH. *Die Lehre vom Vergleiche mit Ausnahme des Eides und Compromisses*. Erlangen, 1855.

PIERON. *Des transactions en droit romain et en droit français*. Strasbourg, 1860.

I. *Notion et conditions*. La transaction est un contrat par lequel deux personnes vident une contestation, en faisant chacune le sacrifice d'une partie de ses prétentions.

A) Relativement aux parties contractantes, elles doivent avoir la capacité d'aliéner, car toute transaction implique une renonciation partielle à des prétentions⁽¹⁾.

B) Relativement à l'objet du contrat, trois choses sont nécessaires :

1° Le droit sur lequel on transige, doit être dans le commerce, conformément à un principe général sur les conventions : on ne peut déroger par convention privée à ce qui est d'ordre public ou d'intérêt général⁽²⁾.

(16) L. 2, pr., § 1 et 2 initio, L. 14, cf. L. 8, § 7-8 D. h. t.

(17) PAUL, V, 6, § 10; L. 2, § 2 i. f., L. 19, § 2, D. h. t.

(18) L. 4, pr., D. h. t. (T. II, § 257, II, 1°). — (19) L. 2, § 3, L. 3, L. 13, § 2, D. h. t.

(1) L. 60, D. de procur. 3, 3; L. 13, D. h. t.; L. 7, C. h. t. (T. II, § 240, I, A).

(2) Consultatio IV, 7-9; L. 43, § 1, D. de R. J. 30, 17; L. 18, C. h. t.; Arg. L. 52, § 6-7, D. de recept. 4, 8; L. 3, C. ubi et apud quem 2, 47; L. 4, C. de R. C. et jurejur. 4, 1.

2° Le droit sur lequel on transige, doit être douteux⁽³⁾, sans qu'un procès soit requis⁽⁴⁾; c'est de l'essence de la transaction, la renonciation à un droit certain serait une donation⁽⁵⁾.

3° Enfin, pour qu'il y ait transaction véritable, chaque partie transigeante doit faire un sacrifice; si l'une renonce à ses prétentions sans aucun équivalent en retour, il y a libéralité⁽⁶⁾.

C) Relativement à sa perfection, la transaction comme telle n'est qu'un simple pacte n'engendrant pas d'obligation civile⁽⁷⁾; d'après le droit commun, elle acquiert un caractère civil par l'emploi de la stipulation⁽⁸⁾, ou par un commencement d'exécution qui la convertissait en contrat innommé⁽⁹⁾. Mais les Romains préféraient assurer son efficacité en stipulant une peine pour le cas où elle aurait été méconnue⁽¹⁰⁾, et de plus ils convenaient d'habitude que la peine serait due indépendamment de l'exécution de la transaction (*ratio manente pacto*)⁽¹¹⁾.

II. *Effets de la transaction.* A) Entre parties elle est assimilée à la chose jugée, et termine le différend d'une manière définitive : *res transacta pro veritate habetur*⁽¹²⁾; dans le cas où elle dénie un droit, elle produit une exception de dol contre l'adversaire qui voudrait encore exercer le droit dénié⁽¹³⁾; si au contraire elle reconnaît un droit, on est admis à poursuivre l'adversaire par les actions naissant du droit confirmé⁽¹⁴⁾ ou de la transaction même⁽¹⁵⁾. D'ailleurs,

(3) L. 1 initio, D. h. t. — (4) L. 2, C. h. t.

(5) L. 1 i. f., D. h. t. — Voyez encore L. 1, § 1, D. *testam. quemadm. aper.* 20, 5; L. 6, D. h. t. (WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 414 i. f., et note 12).

(6) L. 58, C. h. t.; L. 5, C. *de repud. v. abstin. hered.* 6, 51.

(7) L. 21, C. *de pact.* 2, 5; L. 17 i. f., cf. L. 28, C. h. t.

(8) L. 6 i. f., L. 54 in medio, C. h. t.; L. 21 in medio, C. *de pact.* 2, 5; Cf. L. 13 initio, L. 2, D. h. t.; L. 40 initio, C. h. t.

(9) L. 6 i. f., L. 54 in medio, C. h. t.; L. 23, § 5, D. *de condict. indeb.* 12, 6.

(10) L. 15, D. h. t., *vib sed consultius est.*; L. 122, § 6, D. *de V. O.* 43, 1; L. 37, cf. L. 40, C. h. t. — (11) L. 16, D. h. t.; L. 17, C. h. t.

(12) L. 5, L. 10, L. 20, L. 54 initio, L. 59, C. h. t.

(13) L. 23, § 5 initio, D. *de condict. indeb.* 12, 6; L. 21 initio, C. *de pact.* 2, 5; L. 24 initio, L. 36, C. h. t. — (14) Arg. L. 7, § 7 initio, D. *de P. A.* 6, 2 (T. II, § 251, 2°).

(15) Textes des notes 8-11.

celle-ci ne peut être attaquée que d'après les principes généraux sur l'erreur⁽¹⁶⁾, le dol⁽¹⁷⁾ et la violence⁽¹⁸⁾ : notamment l'erreur relative à l'objet de la transaction n'est essentielle, et à ce titre une cause d'inexistence de l'arrangement des parties, que si elle lui enlève tout objet, en d'autres termes quand par suite de l'erreur les parties ont transigé sur un différend qui en fait n'existait point⁽¹⁹⁾; la simple découverte de titres nouveaux n'a pas ce caractère, et partant est sans influence sur l'efficacité de la transaction⁽²⁰⁾; toutefois, on ne perdra pas de vue à ce sujet que la transaction doit toujours être limitée à son objet réel⁽²¹⁾; il est évident que l'erreur de calcul doit être redressée⁽²²⁾.

B) A l'égard des tiers la transaction n'a pas plus d'effet qu'une autre convention⁽²³⁾; mais les successeurs même particuliers des contractants ne sont pas des tiers⁽²⁴⁾. Par dérogation à la règle énoncée :

1° Si la transaction contient la remise d'une dette dans laquelle il y avait plusieurs créanciers solidaires, ou plusieurs débiteurs solidaires, ou enfin un débiteur principal et un fidéjusseur, la remise opérera pour ou contre ceux de ces intéressés qui ne sont pas intervenus à la transaction, conformément à la théorie générale de l'acceptilation et des conventions libératoires⁽²⁵⁾.

2° Si deux prétendants à une succession, l'un en vertu d'un

(16) L. 29, C. h. t.

(17) L. 9, § 2, D. h. t.; L. 4, L. 19, v^{is} *Sane si*, L. 22, C. h. t.

(18) L. 15 initio, C. h. t.; L. 2, L. 33, C. h. t.

(19) L. 56, v^{is} *Plane si*, D. fam. erc. 10, 2. — L. 42, C. h. t. — *Consultatio* IV, 5-6; PAUL, I, 1, § 5^a; L. 7, § 1, v^{is} *Si tamen*, D. h. t.; L. 25, § 1 initio, D. de *condict. indeb.* 12, 6; L. 52, C. h. t.; Cf. L. 25, § 1 i. f., D. cit.; L. 7, pr., L. 11, D. h. t.

(20) L. 19 initio, cf. L. 29 initio, C. h. t.

(21) L. 3, § 1, L. 12 i. f., L. 9, pr., D. h. t.

(22) Arg. PAUL, V, 3^a, § 11; L. 1, § 1, D. *quæ sent. sine appell. rescind.* 49, 8, cbn. avec L. un., C. de *errore calculi* 2, 3.

(23) L. 3, pr. et § 2, L. 10, D. h. t.; L. 1, L. 26, C. h. t.; L. 2, C. *inter alios acta v. judic. aliis non nocere* 7, 61; L. 29, § 2, D. de *inoffic. testam.* 3, 2.

(24) L. 17, D. h. t., et Arg. L. 7 i. f., L. 8, D. de *jurejur.* 12, 2.

(25) L. 68, § 2, D. de *fidejuss.* 46, 1; L. 7, § 1, D. h. t., v^{is} *Si fidejussor* *dissoluta*; Cf. L. 1, C. h. t. — T. I, § 200, 1, 3^a et III, B, 2^o i. f.

testament, l'autre comme héritier ab intestat, ont conclu une transaction, celle-ci a effet vis-à-vis des créanciers, des légataires et des débiteurs de la succession; chaque partie transigante peut être poursuivie ou peut poursuivre en proportion de la quotité de biens que lui attribue la transaction. La raison bien simple de cette exception qui au premier abord paraît assez anormale, est que chaque quote-part héréditaire est naturellement, voire même forcément, grevée d'une quote-part correspondante dans les charges héréditaires, dettes ou legs, et qu'elle confère un droit à la même quote-part dans les créances de la succession⁽²⁶⁾.

CHAPITRE II. — DES QUASI-CONTRATS.

I. de obligationibus quasi ex contractu 3, 27.

§ 268. Observations préliminaires.

I. Le quasi-contrat (*obligatio quæ quasi ex contractu nascitur*), comme l'indique son nom, est un rapport obligatoire analogue à un contrat⁽¹⁾. En effet, si d'un côté les quasi-contrats se séparent des contrats par l'absence d'un consentement proprement dit, exprès ou tacite, d'un autre côté ils s'en rapprochent en ce qu'ils se basent au moins sur un consentement présumé : à raison de certains faits qu'elles ont posés, les parties sont censées avoir consenti⁽²⁾; non-seulement elles sont présumées avoir donné un consentement général, mais avoir consenti à un contrat déterminé, de telle sorte que chaque quasi-contrat est formé à l'image d'un certain contrat. Il résulte de là cette remarquable conséquence que tout quasi-contrat est soumis à la théorie du contrat qui lui a servi de type, à part les modifications commandées par la nature des choses.

(26) L. 14, D. h. t.

(1) Pr., l. h. t.

(2) Arg. § 1, l. h. t., v^o *Idque* *desererentur negotia*, et L. 3, pr., D. de O. et A. 44, 7, v^o *Ideo autem* *diutius absunt*.

II. Le droit romain connaît sept quasi-contrats, à savoir :

1° L'acceptation d'une tutelle ou d'une curatelle⁽⁵⁾ ; c'est le mandat qui lui sert de type⁽⁴⁾.

2° L'acceptation d'une hérédité chargée de legs ou l'acceptation d'un legs chargé d'arrière-legs⁽³⁾ ; à notre avis, ce quasi-contrat correspond à la donation modale⁽⁶⁾.

3° La gestion d'affaires⁽⁷⁾, qui correspond ouvertement au mandat⁽⁸⁾.

4° L'enrichissement injuste aux dépens d'autrui⁽⁹⁾ ; ce quasi-contrat est analogue au prêt de consommation⁽¹⁰⁾.

5° La communauté accidentelle⁽¹¹⁾, analogue à la société⁽¹²⁾.

6° La réception des choses d'un voyageur ou d'un passager⁽¹³⁾ ; elle imite le dépôt⁽¹⁴⁾.

7° Les pertes et avaries maritimes subies dans l'intérêt commun⁽¹⁵⁾, où l'on retrouve une imitation du mandat⁽¹⁶⁾.

§ 269. De la gestion d'affaires.

D. 3, 3, et C. 2, 19, de negotiis gestis.

KRITZ. *Das Pandektenrecht*, 1^{re} partie, I, p. 348-417, cf. p. 429-470. Meissen, 1855.

CHAMBON. *Die negotiorum gestio*. Leipzig, 1848.

REHSTRAT. *Archiv für die zivil. Praxis* XXXII, p. 175 sq., XXXIII, p. 23 sq. et 215 sq., XXXIV, p. 59 sq. (1849-1851). — *Ueber negotiorum gestio*. Oldenbourg, 1858.

DANKWARDT. *Die negotiorum gestio*. Rostock, 1855.

AARON. *Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio*, 1^{re} partie. Schwerin, 1860.

JACOBI. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen R. u. D. P. R.* IV, p. 215-228 et 295-320 (1861).

I. *Notion et conditions*. La gestion d'affaires consiste à administrer les affaires d'autrui, sans avoir reçu pouvoir à cet effet. Elle suppose les conditions suivantes :

(5) § 2, I. h. t. ; L. 3, § 1, D. de O. et A. 44, 7. — (4) T. I, § 58, I et § 65, I.

(5) § 3, I. h. t. ; L. 3, § 5 i. f., L. 4, D. quib. ex caus. in possess. eatur 42, 4 ; Cf. L. 3, § 2, D. de O. et A. 44, 7. — (6) T. II, § 342, I, 2^o et 362, I.

(7) § 1, I. h. t. ; L. 3, pr., D. de O. et A. 44, 7. — (8) T. II, § 269.

(9) § 6, I. h. t. ; L. 3, § 3, D. de O. et A. 44, 7. — (10) T. II, § 270.

(11) § 4 cbn. avec § 3, I. h. t. — (12) T. II, § 271.

(13) L. 1, pr. et § 1, D. nautæ, caup., stabul. ut recepta restit. 4, 9.

(14) T. II, § 272. — (15) L. 1, D. de lege Rhodia de jactu 14, 2. — (16) T. II, § 273.

1° Le gérant doit être capable de s'obliger⁽¹⁾; mais le maître quel qu'il soit est tenu par la gestion, car elle est indépendante de son consentement, et lui est toujours avantageuse⁽²⁾.

2° Il faut avoir administré les affaires d'autrui; point de gestion d'affaires si on a géré les siennes propres dans la fausse croyance qu'on gèrait celles d'autrui⁽³⁾.

3° L'administration des affaires d'autrui doit avoir eu lieu en dehors d'un pouvoir spécial reçu à cette fin, mandat, tutelle ou curatelle, sinon l'on rentre dans l'un de ces rapports juridiques, et ils excluent la gestion d'affaires⁽⁴⁾. Il faut même supposer que la gestion d'affaires qui réunit les deux conditions précédentes, n'ait pas été ratifiée après coup par le maître, car il est de principe que cette ratification convertit la gestion d'affaires en mandat; c'est un mandat donné *ex post facto*⁽⁵⁾.

II. *Effets de la gestion d'affaires.* A) Entre parties la gestion d'affaires, à titre de quasi-mandat, produit tous les effets de ce contrat: elle est synallagmatique imparfaite, oblige nécessairement le gérant à l'*actio negotiorum gestorum directa*, accidentellement le maître à l'*actio negotiorum gestorum contraria*⁽⁶⁾, et les obligations du gérant et du maître correspondent respectivement à celles du mandataire et du mandant⁽⁷⁾; mais il va de soi que le dol du gérant d'affaires ne pouvait entraîner une infamie à sa charge, comme dans le cas où le mandataire se rend coupable de fraude, puisqu'il ne peut être question dans la gestion d'affaires de confiance trompée⁽⁸⁾. Une

(1) Cf. L. 3, § 4, D. h. t.

(2) L. 3, § 3, L. 6, pr., L. 37, pr., D. h. t.; L. 2, C. h. t.

(3) L. 6, § 4, cf. pr. et § 1, D. h. t.

(4) L. 6, § 1-2, L. 18, D. *mand.* 17, 1; L. 60 initio, D. de R. J. 50, 17; Cf. L. 20, C. h. t.

(5) L. 60 i. f., D. de R. J. 50, 17; L. 30, pr. i. f., D. *mandati* 17, 1; L. 1, § 6, D. *quod jussu* 15, 4; Cf. L. 9, C. h. t. — Windscheid, *Lehrb.* I, § 74 et notes 3-7; Cf. Maynz, *Cours de D. R.* II, § 339 et note 9.

(6) § 1, I. h. t.; L. 3, pr., D. de O. et A. 44, 7; L. 2, D. h. t.

(7) L. 21, § 2, cf. L. 31, § 2, D. h. t. — L. 6, § 12, L. 8, § 1, L. 19, § 4 initio, L. 31, § 3, L. 38, D. h. t. — L. 2, L. 10, pr., L. 19, § 4 i. f., L. 23, L. 31, § 4, D. h. t.; L. 37, D. de *usur.* 22, 1; L. 18, C. h. t. — T. II, § 241.

(8) Arg. § 2, I. de *pœna temere litig.* 4, 16; L. 1, L. 6, § 3-7, D. de *his, qui not. inf.* 3, 2.

modification beaucoup plus importante de la théorie du mandat consiste dans les conditions spéciales auxquelles est subordonné le recours du gérant d'affaires contre le maître, outre les conditions proprement dites de la gestion d'affaires :

1° Il faut que le gérant ait eu l'intention d'obliger un tiers ; autrement il est sans action, faute d'en avoir voulu. Par application de ce principe, tout recours doit être refusé au gérant qui a agi par esprit de libéralité⁽⁹⁾, ce qui ne se présume point⁽¹⁰⁾ ; l'on doit en dire autant de celui qui par suite d'une erreur a cru gérer ses propres affaires⁽¹¹⁾ ; mais dès qu'on a voulu gérer pour autrui, l'erreur sur la personne du maître est indifférente, par le motif qu'elle n'exclut nullement chez le gérant d'affaires l'intention d'obliger et d'acquiescer une action⁽¹²⁾.

2° Le gérant ne doit pas avoir agi contre le gré du maître, dont l'opposition fait tomber la présomption de mandat, base de la gestion d'affaires ; d'ailleurs, personne ne peut en général être obligé contre sa volonté⁽¹³⁾.

3° La gestion doit aussi avoir été utile au maître, car il serait exorbitant de permettre au premier venu de nous obliger par des actes de gestion auxquels nous n'avons aucun intérêt⁽¹⁴⁾. Mais à quelle époque doit-on examiner l'utilité de la gestion ? Il faut voir si la gestion est nécessaire ou simplement utile : la première oblige le maître par elle-même, peu importe que l'utilité ait disparu ou diminué depuis la gestion, sinon qui voudrait se charger des affaires d'un absent⁽¹⁵⁾ ? au contraire, la gestion simplement utile n'oblige le maître que jusqu'à concurrence du profit réel qu'il en retire lors

(9) L. 4 i. f., L. 27, § 1, L. 44, D. h. t. ; L. 60, § 1, D. mand. 17, 1 ; L. 1, L. 3, L. 11, L. 13, L. 13, C. h. t. — (10) L. 54, D. h. t.

(11) L. 14, D. de doli except. 44, 4 ; Cf. L. 49, D. h. t. — T. I, § 100, 2° ; § 117, II, 2° ; § 122 i. f. — (12) L. 3, § 1, L. 6, § 7-8, L. 43, § 2, D. h. t.

(13) L. 8, § 3, D. h. t. ; L. 40, D. mand. 17, 1 ; L. 24, C. h. t.

(14) L. 2 i. f., L. 10, § 1, v^{is} Sed ut Celsus. aggredditur, et v^{is} Ego quero., L. 27, pr., L. 43, pr., D. h. t. ; L. 3, § 4, D. de in rem verso 13, 5 ; L. 10, C. h. t.

(15) L. 10, § 1, v^{is} Is autem. Labeo probat, et v^{is} Juxta hoc est. non sit secutus, L. 12, § 2, L. 22, D. h. t.

de la poursuite; rien ne forçant ici le gérant à intervenir, il intervient à ses risques et périls (16).

B) En ce qui concerne les tiers, ils ont l'action *de in rem verso* contre le maître toutes les fois que le gérant dispose de l'action contraire de gestion d'affaires, et aux mêmes fins (17); comme les actions des tiers contre le mandant, l'action *de in rem verso* prit naissance à l'occasion des gestions d'affaires de personnes sous puissance (18), et fut généralisée plus tard. De son côté, le maître peut exercer contre les tiers les mêmes actions utiles que le mandant, puisqu'il est en son pouvoir de convertir la gestion d'affaires en mandat au moyen d'une ratification (19).

§ 270. De l'enrichissement injuste aux dépens d'autrui.

D. 12, 6, et C. 4, 3, *de conditione indebiti* (h. t.).

Voyez encore : D. *de conditione causa data causa non secuta* 12, 4 — *de conditione ob turpem vel injustam causam* 12, 5 — *de conditione sine causa* 12, 7;

C. *de conditione ob causam datorum* 4, 6 — *de conditione ob turpem causam* 4, 7 — *de conditione ex lege et sine causa vel injusta causa* 4, 9.

WINDSCHEID. *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*. Dusseldorf, 1850.

ERLEBEN. *Die conditiones sine causa*. Leipzig, 1830-1853.

WITTE. *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts* p. 41 sq. Halle, 1859.

JACOBI. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen R. u. D. P. R.* IV, p. 139-520 (1861).

VOIGT. *Ueber die conditiones ob causam*. Leipzig, 1862.

ZIMMERMANN. *Beiträge zur Theorie der conditio indebiti*. Giessen, 1868.

I. *Causes d'enrichissement injuste*. Quiconque s'enrichit injustement à nos dépens est obligé de nous restituer ce dont il s'est enrichi (1); à cette fin nous avons contre lui une action en répétition

(16) L. 3, pr., D. *de in rem verso* 13, 5; L. 6, § 3, L. 11, D. h. t. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 664, Anm., n° II, 5°.

(17) L. 7, § 1, C. *quod cum eo, qui in al. pot.* 4, 26; L. 82, D. *pro socio* 17, 2; Cf. L. 66, § 3, D. *de evict.* 21, 2. — SIXTENS, *Civilrecht* II, § 102, et Anm. 86. — MAYNZ, II, § 508, 6°, § 559 i. f. et note 26.

(18) GAIUS, IV, 75, v^o *Præterea introducta est actio..... Titium consequi posse*; § 4, I *quod cum eo, qui in al. pot.* 4, 7, iisdem v^o; L. 1, pr., L. 3, § 1, 2, 4 et 6, L. 10, § 10, D. *de in rem verso* 13, 5; L. 1 initio, L. 3, L. 7, pr., C. *quod cum eo, qui in al. pot.* 4, 26. — (19) Voyez supra note 3.

(1) L. 1, § 3, D. *de condict. sine causa* 12, 7; L. 23 i. f., D. *de act. rer. amot.* 25, 2; Cf. L. 14, D. h. t., et L. 206, D. *de R. J.* 30, 17.

que les Romains appellent en général *condictio sine causa*⁽²⁾. Cet enrichissement injuste se produit dans un grand nombre de circonstances différentes; de là plusieurs actions en répétition, plusieurs variétés de *condictiones sine causa* qui ont reçu des noms particuliers :

1° Tel est avant tout le paiement fait par une personne qui croyait être tenue de le faire, sans l'être en réalité : à ce cas s'applique la *condictio indebiti*. Cette action suppose le paiement, son caractère induit, c'est-à-dire l'absence de tout lien obligatoire⁽³⁾, et enfin l'erreur du payant ou la fausse persuasion qu'il devait la chose payée, car celui qui de son libre mouvement paye ce qu'il sait pertinemment ne pas devoir, veut à l'évidence faire une libéralité; il est impossible d'interpréter autrement son action d'une manière raisonnable⁽⁴⁾. Mais l'erreur de droit peut aussi bien que l'erreur de fait servir de base à l'action en répétition, pourvu que la preuve en soit rapportée, ce qui suppose une erreur de droit excusable; on ne saurait parvenir à prouver qu'on ignorait des règles de droit universellement connues⁽⁵⁾; cependant ce point est des plus contestés, les uns ne permettant jamais de répéter sur le fondement d'une erreur de droit⁽⁶⁾, les autres le permettant toujours⁽⁷⁾. Il est conforme à la théorie gène-

(2) L. 66, D. h. t.

(3) L. 2, § 1, L. 16-18, L. 40, pr., L. 64, chn. avec L. 15, pr., et L. 19, pr., D. h. t.; Cf. L. 15, § 1, L. 14, D. cod. — L. 19, § 3-4, L. 20, L. 26, § 4-6, L. 52, § 5, D. h. t.; Cf. L. 19, D. de leg. 2^o, 51. — L. 65, § 9 initio, D. h. t.; L. 8, C. h. t. — L. 19, § 1, L. 65, § 9 i. f., D. h. t.

(4) L. 55, D. de R. J. 30, 17; L. 1, § 1, L. 24, L. 26, § 5 i. f. et 8, L. 50, L. 62, D. h. t.; L. 1 initio, L. 9, pr., cf. L. 11, C. h. t.

(5) L. 1, pr., D. ut in possess. legat. 56, 4; L. 64, D. h. t.; L. 25, pr., D. de probat. 22, 3, *v^{is} aliquam justam ignorantiae causam*; L. 9, § 5, D. de jur. et facti ignor. 22, 6, *v^{is} nec stultis solere succurri, sed errantibus*; Cf. L. 10, C. cod. 1, 18, et L. 6, L. 7, C. h. t. — En ce sens UNTERHOLZNER, I. c. II, § 319, 5^o. — THIBAUT, *Braun's Erörter.* p. 41 sq. — DE SAVIGNY, *System* III, p. 447 sq. — PUCHTA, *Pand.* § 509 et note i; *Vorles.* II, § 509, 2^o. — ERKLEBEN, I. c. p. 70 sq. — WITTE, I. c. p. 98 sq. — SINTENIS, *Civilrecht* II, § 109, II, 5^o, et note 34. — NAMUR, *Institutes* II, § 282, 2^o, b. — ARNDTS, *Lehrb.* § 541 et *Anm.* 6. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 426, 5^o, et note 14. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 625, *Anm.* 1, n^o II. — Cf. KELLER, *Pand.* § 299, b, et MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 562, 5^o.

(6) GLÜCK, *Pand.* XIII, p. 155 sq. — MEYER, in *Schueppe's R. P. R.* III, § 615. GOESCHEN, *Vorles.* II (2), § 657, B. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* II, § 456, 2^o.

(7) MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* II, § 578, II. — MOLITOR, I. c. II, n^o 849.

rale de la preuve que le demandeur établisse le paiement, son caractère indu et l'erreur dans laquelle il a versé; telle est la triple base de son action; peu importe la difficulté de la troisième de ces preuves, et même de la seconde, quand faute d'une quittance qui spécifie la cause de la dette putative, le payant doit établir l'absence d'une cause quelconque (8). Le demandeur n'est déchargé de la preuve de l'indu et de l'erreur que s'il établit le paiement après que son adversaire a nié l'avoir reçu; alors c'est au défendeur à prouver que la dette existait réellement, ou du moins que le demandeur a payé un indu en connaissance de cause; en effet, en déclarant n'avoir pas reçu telle ou telle chose, le défendeur s'engageait tacitement à ne pas en contester la possession au demandeur, s'il était prouvé contre lui qu'il l'avait effectivement reçue (9).

2° Un autre cas d'enrichissement injuste est le paiement fait en vue d'une certaine éventualité qui ne s'est pas réalisée; ce paiement est sujet à répétition par la *condictio causa data causa non secuta* (vel *ob causam datorum*). Elle trouve son application capitale dans les contrats innommés, lorsque la prestation réciproque en vue de laquelle on a fait la sienne propre, demeure sans exécution (10); mais la même action en répétition comporte plusieurs autres applications (11).

3° Un troisième enrichissement injuste consiste à s'approprier une chose en vertu d'une cause illicite ou immorale; à ce cas se réfère la *condictio ob turpem vel injustam causam*, appelée encore dans sa seconde forme *condictio ex injusta causa* (12); l'une de ses espèces principales est la *condictio furtiva* (13), dont l'*actio rerum*

(8) L. 25, pr., D. de probat. 22, 5, vis *Sin vero*.....

(9) L. 25, pr., D. cit., vis *Quum de indebito*..... *ab adversario exigere*. — Voyez encore L. 25, § 1, D. cit.

(10) L. 52 i. f., D. h. l.; L. 1, § 1 cbn. avec le pr., D. de condict. ob t. v. i. c. 12, 5; L. 1, pr., L. 3, § 2, L. 11, L. 16, D. de condict. c. d. c. n. s. 12, 4; L. 2-4, L. 8-9, L. 11, C. de condict. ob c. d. 4, 6 (T. I, § 224, II, B, 1^o i. f.).

(11) L. 7, § 1, L. 8, L. 9, pr., cf. L. 7, pr., D. de condict. c. d. c. n. s. 12, 4; L. 1, C. de condict. ob c. d. 4, 6. — L. 5, C. eod. — L. 1, § 1, L. 2, D. de condict. c. d. c. n. s. 12, 4. — L. 14, D. eod. — (12) L. 1, § 2, L. 6, D. de condict. ob t. v. i. c. 12, 5.

(13) D. 13, 1, et C. 4, 8, de *condictione furtiva* (T. II, § 275, II, B).

amotatum (14) et l'*actio vi bonorum raptorum* (15) sont de leur côté des nuances particulières ; mais ces actions n'épuisent pas le domaine des causes illicites (16), et ne touchent pas celui des causes immorales (17). Dans le système du droit romain, la répétition fondée sur une cause illicite ou immorale exige que la cause n'ait ce caractère que du côté du défendeur (18) ; la répétition est exclue quand la cause est illicite ou immorale vis-à-vis du demandeur (19), et même quand elle est telle vis-à-vis du demandeur et du défendeur (20). Dans les deux derniers cas le demandeur n'est pas à plaindre, puisqu'il est lui-même coupable ; il invoque sa propre turpitude, pourquoi donc venir à son secours ? ce serait d'ailleurs favoriser directement les conventions illicites ou immorales que d'admettre le coupable à l'action en répétition, et à ce titre la théorie romaine est marquée au coin de la raison.

4° Enfin il y a enrichissement injuste dans une série d'autres circonstances, où une prestation a été faite en vertu d'une cause légalement inexistante (21), ou d'une cause qui est venue à cesser (22). Nous rencontrons ici une catégorie subsidiaire de détentions sans cause, comprenant toutes celles qui ne rentrent pas dans l'un des trois points de vue précédents, et qui, par suite de leur variété infinie,

(14) D. de act. rer. amot. 23, 2 ; C. rer. amot. 5, 21 (T. II, § 291, I, 4°).

(15) D. vi bon. rapt. et de turba 47, 8 ; C. vi bon. rapt. 9, 55 (T. II, § 276).

(16) L. 26, pr., *vis sed si.....*, et § 1, D. h. t. — L. 7, D. de condict. ob t. v. i. c. 12, 5. — L. 3, C. de condict. ex lege 4, 9 ; L. 4 i. f., C. de crim. expil. hered. 9, 52.

(17) L. 2, pr. et § 1, L. 4, § 2, L. 9, pr. et § 1, D. de condict. ob t. v. i. c. 12, 5 ; L. 5-7, C. de condict. ob t. c. 4, 7.

(18) L. 1, pr. i. f. et § 2, L. 4, § 2, D. de condict. ob t. v. i. c. 12, 5 ; L. 4, C. de condict. ob t. c. 4, 7. — (19) L. 1, pr. i. f., L. 4, § 5, D. de condict. ob t. v. i. c. 12, 5.

(20) L. 1, pr. i. f., L. 2, § 2, L. 3, L. 4, pr. et § 1, L. 8, D. de condict. ob t. v. i. c. 12, 5 ; L. 2, L. 3, C. de condict. ob t. c. 4, 7.

(21) L. 29, L. 41, D. h. t. — L. 3, D. de condict. s. c. 12, 7. — L. 1, A et C initio, C. de atcat. et lusu 3, 45. — L. 52, D. de R. C. 12, 1.

(22) L. 4, D. de condict. s. c. 12, 7. — L. 1, § 2-5, D. cod. — L. 1, pr. i. f., D. cod. ; L. 3, C. h. t. ; L. 4, cf. L. 2, C. de condict. ex lege 4, 9, ebn. avec L. 23, § 4, D. de probat. 22, 5. — L. 2, D. de condict. s. c. 12, 7. — L. 11, § 6 i. f., D. de A. E. et V. 19, 1. — L. 8, L. 10, C. de revoc. donat. 8, 56 ; L. 50, D. de M. C. D. 59, 6 ; L. 3, § 18 i. f., L. 6, L. 35, § 1, D. de donat. inter V. et U. 24, 1.

ne se prêtaient pas à une qualification spéciale ; c'est pourquoi les Romains ont conservé dans l'espèce à l'action en répétition sa dénomination générale de *condictio sine causa* ; c'est la *condictio sine causa* dans le sens restreint.

II. *Objet de la répétition de l'indû*. Le but général de la répétition est d'obtenir la rescision de ce qui a été fait indûment et le rétablissement de l'état de choses antérieur ; il y aura donc lieu, d'après les circonstances, à une restitution de choses corporelles⁽²⁵⁾, au paiement du prix d'un louage indû⁽²⁴⁾, à la rescision d'un droit constitué ou d'une obligation contractée sans cause⁽²⁵⁾, enfin à la rescision d'une renonciation ou d'une libération⁽²⁶⁾. Mais la position du défendeur est très-différente suivant qu'il a reçu le paiement indû de bonne ou de mauvaise foi.

A) S'il est de bonne foi, il n'est tenu que jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré du paiement, sans pouvoir jamais subir aucune perte ; en effet, celui qui reçoit un paiement auquel il croit avoir droit, est très-excusable ; dans tous les cas il l'est plus que celui qui vient présenter le paiement de ce qu'il ne doit point ; dès lors il était juste de faire retomber sur ce dernier les conséquences fâcheuses du paiement indû⁽²⁷⁾. Par application de ce principe :

1° Le défendeur de bonne foi n'a aucune responsabilité à raison de ses actes de gestion ; il ne saurait même se rendre coupable de faute, puisqu'il a le droit légitime de considérer comme sienne la chose reçue, qui d'ailleurs est réellement sa propriété⁽²⁸⁾.

2° S'il a aliéné les choses reçues, il ne doit que le prix de vente et rien en cas de donation⁽²⁹⁾.

(25) L. 1, § 1, D. h. t. ; L. 2, L. 4, C. de condict. ex lege 4, 9.

(24) L. 26, § 12, *vis Sed si operas..... essem conducturus*, L. 40, § 2, D. h. t. ; L. 3, L. 6, pr., C. de oper. libert. 6, 3.

(25) L. 22, § 1, L. 51, D. h. t. ; L. 3, D. de condict. s. c. 12, 7 ; L. 5, § 1 i. f., D. de A. E. et V. 49, 1 ; L. 7, D. de doti except. 44, 4. — (26) Cf. L. 59, D. h. t.

(27) L. 5 i. f., D. h. t.

(28) Cf. L. 1, C. h. t. ; L. 15, pr., L. 65, § 5 et 8 i. f., D. h. t.

(29) L. 26, § 12, *vis vel hominem indebitum..... ex pretio habes* ; L. 65, § 8 i. f., D. h. t. ; Cf. L. 65, § 6, D. eod. — Voyez encore L. 65, § 7, D. eod.

3° Le demandeur doit lui restituer les impenses faites à la chose, comme s'il y avait eu gestion d'affaires et sous les mêmes restrictions (50).

B) Au contraire, le défendeur de mauvaise foi doit pleinement réparer le dommage que son dol a causé au demandeur, car c'est lui qui en est l'auteur principal; il se trouve même de plein droit en demeure de restituer comme coupable de vol (51). En conséquence :

1° Il répond de toute faute, et sa responsabilité va jusqu'au cas fortuit quand l'accident ne serait pas survenu chez le demandeur, ou que ce dernier aurait vendu la chose auparavant (52).

2° Il doit la valeur entière des choses qu'il a aliénées (53).

3° Il n'a droit qu'à ses impenses nécessaires (54).

§ 271. De la communauté accidentelle.

D. 10, 2, et C. 5, 56, *familiae erciscundae* (h. t.).

Voyez encore : D. 10, 5, et C. 5, 57 *communi dividundo* — D. 10, 1, et C. 5, 59, *finium regundorum* — C. *communia utriusque iudicii, tam familiae erciscundae, quam communi dividundo* 5, 58.

HEIMBACH. *Weiske's Rechtslexikon* III, p. 947-956 (1841).

RUDORFF. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* X, p. 345 sq. (1842). — *Schriften der römischen Feldmesser von Blume, Lachmann und Rudorff* II, p. 422 sq. (1852).

BRINKMANN. *Verhältniss der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander*. Kiel, 1855.

I. NOTION ET EFFETS. Il y a communauté accidentelle (*communio incidens*) lorsque, en dehors d'un contrat de société, une chose est commune entre plusieurs personnes. Une pareille communauté se

(50) L. 26, § 12, *v^{is} vel meis sumptibus*. *debent*? L. 63, § 5 i. f., D. h. t.

(51) L. 45, pr., D. de *furt.* 47, 2; L. 5 initio, D. de *condict. furt.* 45, 1, cbn. avec L. 8, § 1 i. f., D. *cod.* (T. I, § 197, I, B, 2° et T. II, § 275, I, A, 1°).

(52) L. 7, § 2, cbn. avec L. 5 i. f., D. de *condict. furt.* 45, 1 (T. I, § 198, I, 1°).

(53) L. 63, § 8 initio, L. 26, § 12, *v^{is} et hunc sine fraude modico distraxisti*, D. h. t.

(54) L. 15 cbn. avec L. 18 initio, D. de *condict. furt.* 45, 1.

produit surtout entre cohéritiers⁽¹⁾, mais elle a encore lieu dans plusieurs autres circonstances⁽²⁾; les Romains rattachent même à ce point de vue la confusion des limites de deux immeubles, en considérant comme commune la lisière de terrain disputée entre les deux voisins, par la raison que s'il est impossible de retrouver la limite véritable, il ne reste qu'à admettre une communauté par rapport à la parcelle douteuse, et à la partager entre les voisins⁽³⁾. La communauté accidentelle imite parfaitement la société, c'est une quasi-société. Aussi les effets qui en résultent entre les communistes et à l'égard des tiers sont-ils analogues à ceux de la société proprement dite⁽⁴⁾. Ensuite, de même qu'un associé peut en général renoncer à la société par sa seule volonté, sauf si la société a été conclue pour un certain terme⁽⁵⁾, chaque communiste a également le droit de demander le partage des biens communs⁽⁶⁾, nonobstant toute convention contraire, à moins qu'elle ne se borne à défendre le partage pour un certain temps seulement⁽⁷⁾; c'est que l'indivision forme un état anormal qui restreint inutilement les droits de chaque communiste et est une source féconde de procès⁽⁸⁾. Il nous reste à exposer ici la théorie du partage.

A) *Des diverses espèces de partages.* Le partage est conventionnel ou judiciaire :

1° Les communistes sont libres de faire un partage à l'amiable⁽⁹⁾; mais leur convention comme telle n'est qu'un simple pacte⁽¹⁰⁾, qui

(1) L. 4, pr., L. 14, § 4, L. 13, L. 16, pr., L. 23, § 16 initio, cf. L. 4, pr., cbn. avec L. 2-3, D. *h. t.* (T. II, § 545, I et 543).

(2) L. 2, pr. i. f., D. *comm. divid.* 10, 5; L. 51, *vis Communitur autem.....*, L. 32, L. 33 initio, D. *pro socio* 17, 2; § 27 i. f., I. *de rer. divis.* 2, 1 (T. I, § 118, II); L. 19, pr., D. *comm. divid.* 10, 5 (T. I, § 116, 2°); L. 5, § 4, *vis Sin autem minus..... servatum*, C. *de jure don. impetr.* 8, 54 (T. I, § 166, I, D). — (3) L. 2, § 1 initio, D. *fin. reg.* 10, 1.

(4) T. II, § 256-257, cbn. avec T. I, § 126, II. — L. 5, pr. i. f. et § 1, L. 4, § 5, L. 6, pr., L. 8, § 2, L. 20, L. 26, L. 28, D. *comm. divid.* 10, 5; L. 54, D. *pro socio* 17, 2; L. 4 i. f., C. *comm. divid.* 5, 37. — (5) T. II, § 258, III.

(6) L. 8, pr., D. *comm. divid.* 10, 5; L. 5, C. *cod.* 5, 37.

(7) L. 14, § 2, cf. § 3, D. *comm. divid.* 10, 5.

(8) L. 77, § 20 i. f., D. *de leg.* 2°, 51. — Cf. art. 813 C. civ. fr.

(9) L. 4 initio, C. *comm. divid.* 5, 37; L. 2, C. *comm. utr. jud.* 3, 58.

(10) L. 43, D. *de pact.* 2, 14.

ne devient civilement obligatoire que par l'emploi de la stipulation ou par un commencement d'exécution qui le transforme en contrat innommé⁽¹¹⁾. Les communistes procèdent au partage de telle manière qu'ils jugent convenable⁽¹²⁾, et leur convention ne peut être attaquée pour cause d'erreur, de dol ou de violence qu'en tant que le permettent les principes généraux sur ces matières⁽¹³⁾; remarquons seulement que le copartageant trompé ou violenté renonce à invoquer le dol ou la violence morale, s'il aliène son lot en tout ou en partie après la découverte du dol ou la cessation de la violence⁽¹⁴⁾; en outre, on peut attaquer le partage conventionnel pour toute lésion d'une certaine importance, ainsi qu'il a été expliqué précédemment⁽¹⁵⁾.

2° En ce qui concerne le partage judiciaire, il se présente au juge trois voies subsidiaires les unes aux autres.

a) D'abord vient le partage effectif des biens communs⁽¹⁶⁾; à cette occasion, le juge sera bien souvent amené à établir des servitudes entre les portions séparées de l'héritage commun, sauf à compenser la moins value qui résulte de la servitude, par un supplément de part ou par une indemnité pécuniaire appelée aujourd'hui *soulte* ou *retour*⁽¹⁷⁾.

b) Le partage effectif des choses communes sera assez rare, non-seulement parce que la plupart des choses n'admettent pas de division physique⁽¹⁸⁾, mais encore par la raison que le morcellement des propriétés est souvent préjudiciable aux communistes, dont les intérêts doivent toujours être soigneusement pris en considération dans le partage⁽¹⁹⁾. Alors le juge recourra à la formation de lots :

(11) L. 43, D. cit.; L. 7 in medio, C. comm. utr. jud. 3, 58; L. 13, C. h. t.

(12) Cf. L. 2, C. comm. utr. jud. 3, 58.

(13) Consultatio II, 5, 6 et 7; L. 3, C. comm. utr. jud. 3, 58. — (14) Art. 892 C. civ. fr.

(15) Consultatio II, 5 cbn. avec 2; II, 6 (L. 3, C. comm. utr. jud. 3, 58); Cf. L. 79, D. pro socio 17, 2. — T. I, § 219, I, B et II.

(16) L. 22, § 1-2, D. h. t.; L. 1, C. comm. divid. 3, 57, v^{ie} *Quodsi divisio. possidebis*; § 3 initio, I. de off. jud. 4, 17.

(17) L. 7, § 1, D. comm. divid. 10, 5; L. 22, § 3, D. h. t., cbn. avec L. 18, D. comm. divid. 10, 3; Cf. § 3 in medio, I. de off. jud. 4, 17.

(18) § 3 i. f., I. cit. — T. I, § 79, I, 1^o.

(19) § 3 i. f., I. cit.; L. 21, D. comm. divid. 10, 5; L. 1, v^{ie} *sine cujusquam injuria*

après avoir soumis les biens communs à une estimation préalable⁽²⁰⁾, il formera autant de lots qu'il y a de communistes, de manière à attribuer à chacun d'eux des biens d'une valeur correspondante à sa part indivise⁽²¹⁾; il aura soin de réunir dans le même lot les biens qui vont naturellement ensemble⁽²²⁾, et autant que possible, de composer les lots avec des biens de même nature; ici encore il pourra y avoir lieu à un établissement de servitudes et de soultes⁽²³⁾. Le juge romain avait même la faculté d'adjuger à l'un des communistes la nue propriété, et à l'autre l'usufruit d'un bien commun⁽²⁴⁾.

c) Enfin, si la composition des lots présente également des difficultés, ou qu'il ne puisse en être question parce qu'il n'y a qu'un seul bien commun⁽²⁵⁾, il faudra recourir à la licitation (*licitatio*, de *liceri*, enchérir), c'est-à-dire vendre les choses communes aux enchères pour en partager ensuite le prix entre les intéressés⁽²⁶⁾. En général ces derniers sont seuls appelés à la licitation⁽²⁷⁾; mais le juge peut y admettre aussi les étrangers, surtout s'il est à craindre qu'autrement les biens ne se vendent au-dessous de leur valeur⁽²⁸⁾. Par rapport aux titres de la communauté, ils doivent être remis à la personne qu'ils concernent dorénavant, s'ils concernent plusieurs, à celui qui a l'intérêt le plus considérable à les avoir en sa possession⁽²⁹⁾, et en cas d'intérêt égal, à la personne choisie par les intéressés de commun accord, ou subsidiairement par le juge⁽³⁰⁾; le

commode, L. 3, ^{vis} *Quum autem regionibus dividi aliquis ager inter socios non potest*, C. *comm. divid.* 3, 37; Cf. L. 7, pr., D. *eod.* 10, 3.

(20) L. 10, § 2, D. *comm. divid.* 10, 5; L. 3, C. *eod.* 3, 37, ^{vis} *æstimatione justa facta*; Cf. L. 32, § 3, D. *h. t.*

(21) § 4 initio, I. *de off. jud.* 4, 17; L. 3, C. *comm. divid.* 3, 37, ^{vis} *vel ex pluribus adjudicantur*. — (22) L. 11, C. *comm. utr. jud.* 3, 38.

(23) § 4 initio, I. *de off. jud.* 4, 17; L. 3, C. *comm. divid.* 3, 37, ^{vis} *compensatione invicem condemnato*; L. 32, § 2, D. *h. t.*

(24) L. 6, § 1, D. *de usufr.* 7, 1; Cf. L. 16, § 1, D. *h. t.*

(25) § 3 i. f., I. *de off. jud.* 4, 17.

(26) § 3 i. f., I. *cit.*; L. 22, § 1 i. f., D. *h. t.*; L. 19, § 3, D. *comm. divid.* 10, 3; L. 1 initio, C. *eod.* 3, 37.

(27) Arg. L. 19, § 5, D. *comm. divid.* 10, 3, et L. 3, C. *eod.* 3, 37, ^{vis} *ad licitationem*

(28) L. 3, C. *cit.*, ^{vis} *cit.*. — (29) L. 4, § 3 initio, L. 3 initio, D. *h. t.*

(30) L. 7 i. f., L. 4, § 5, ^{vis} *aut in æde deponi*, D. *h. t.*; L. 6, D. *de fide instrum.* 22, 4, *cbn.* avec L. 3, C. *comm. utr. jud.* 3, 38.

détenteur d'un titre commun doit le tenir à la disposition des intéressés⁽⁵¹⁾.

B) *Effets du partage*. Le partage est dominé dans ses effets par ce principe rationnel qu'il forme une aliénation; c'est l'échange d'une propriété indivise contre une propriété divise, et pour les tiers adjudicataires une vente pure et simple⁽⁵²⁾. En conséquence :

1° Les droits réels que pendant l'indivision l'un des communistes a consentis sur un bien commun pour sa part indivise, survivent pleinement au partage; ils suivent pour cette part indivise la chose et chacune de ses parcelles entre les mains des autres communistes ou des tiers adjudicataires, aussi bien qu'entre celles du constituant, car une aliénation n'altère en rien les droits réels qui frappent la chose aliénée⁽⁵³⁾.

2° Le partage donne lieu à la garantie du chef d'éviction ou des vices cachés, de telle sorte que la perte résultant de l'éviction ou du vice se répartit entre tous les communistes, y compris le demandeur, dans la proportion de leur part indivise⁽⁵⁴⁾; si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit entre les autres dans la même proportion, tant à raison du principe d'égalité qui sert de base au partage qu'à cause du recours pour lésion admis entre copartageants⁽⁵⁵⁾.

II. DES ACTIONS QUI NAISSENT DE LA COMMUNAUTÉ ACCIDENTELLE. —

A) *En général*. Déjà en vertu de la loi des Douze tables, il existait en cette matière deux actions spéciales, relatives aux cas les plus importants de communauté; l'une était l'action *familiae erciscundae* (*id est hereditatis dividundae*) donnée entre cohéritiers, l'autre l'action *finium regundorum* en règlement de limites ou en bornage⁽⁵⁶⁾.

(51) L. 3, *vis ceteri descriptum*. *exhibeantur*, D. h. t.; Cf. L. 8, pr., D. eod.

(52) L. 1, C. comm. utr. jud. 5, 58; L. 17 i. f., C. de prœd. et reb. min. 3, 71.

(53) L. 6, § 8, D. comm. divid. 10, 5; L. 7, § 4, D. quib. mod. pign. v. hyp. solv. 20, 6; L. 7, C. comm. utr. jud. 5, 58; Cf. L. 6, § 9, D. comm. divid. 10, 5. — Contra art. 885, C. civ. fr.

(54) L. 25, § 21, D. h. t.; L. 10, § 2, D. comm. divid. 10, 5; L. 66, § 5, D. de evict. 21, 2; L. 14, C. h. t.; L. 7, C. comm. utr. jud. 5, 58. — (55) Art. 885, 2°, C. civ. fr.

(56) § 20, I. de action. 4, 6; L. 1, pr., D. h. t. (T. II, § 545). — § 20, I. cit., et Cic., de leg. I, 21, cbn. avec L. 15, D. fin. reg. 10, 1 (Infra II, B du présent paragraphe).

Plus tard on organisa à côté de ces actions spéciales l'action générale *communi dividundo*, qui embrasse tous les cas de communauté⁽³⁷⁾; mais les deux actions primitives, bien que devenues superflues, n'en furent pas moins maintenues⁽³⁸⁾; on a même l'obligation de recourir à l'action *communi dividundo* pour obtenir le partage des biens d'une société dissoute, comme pour faire partager des biens accidentellement communs⁽³⁹⁾. D'un autre côté, les trois actions précédentes ne servent pas seulement au partage des biens communs, mais aussi à poursuivre la liquidation des obligations réciproques des communistes les uns envers les autres⁽⁴⁰⁾, et elles peuvent n'être exercées que dans ce dernier but⁽⁴¹⁾. Elles offrent une triple particularité :

1° Elles sont doubles ou mixtes, en ce sens que la position des plaideurs y est parfaitement égale; chacun est à la fois demandeur et défendeur⁽⁴²⁾; il peut faire condamner son adversaire ou être condamné envers lui, tandis qu'en règle générale la partie poursuivante peut bien être repoussée dans sa demande, mais non encourir une condamnation en faveur de la partie poursuivie⁽⁴³⁾. La raison en est que celui qui provoque le partage, demande lui-même à être dépouillé de ce qui peut revenir à ses cointéressés dans les choses communes, ou bien à être condamné à leur payer un équivalent pécuniaire.

2° Le jugement rendu dans les trois actions divisoires contient une adjudication qui attribue à chacun des copartageants la propriété d'une partie des choses communes; le juge ne se borne pas

(37) § 20, I. de action. 4, 6; L. 4, pr., D. comm. divid. 10, 3.

(38) L. 4, pr. i. f., D. cit.; Cf. L. 44, pr., D. h. t.; L. 54 i. f., D. pro socio 17, 2.

(39) L. 1, L. 2, pr., D. comm. divid. 10, 3; Cf. L. 45, D. pro socio 17, 2 (T. II, § 256, III, 2°).

(40) § 4 i. f., I. de off. jud. 4, 17; § 6 i. f., I. eod.; L. 4, § 1-2, D. fin. reg. 10, 1; L. 22, § 4, D. h. t.; L. 3, pr., L. 4, § 3 initio, D. comm. divid. 10, 3; L. 9, L. 18, § 1, L. 19, C. h. t.

(41) L. 14, § 1, v^{ls} *Quæ quum rei communione*, L. 11, L. 6, § 1, D. comm. divid. 10, 3; Cf. L. 18, § 1, C. h. t., ebn. avec L. 3, C. de neg. gest. 2, 19.

(42) L. 10, D. fin. reg. 10, 1; L. 2, § 3, D. h. t.; L. 37, § 1, D. de O. et A. 44, 7; Cf. L. 44, § 4, D. h. t., et L. 2, § 1, D. comm. divid. 10, 3.

(43) § 20 i. f., I. de action. 4, 6; § 4 initio, § 5 i. f. et 6 i. f., I. de off. jud. 4, 17; L. 27, D. h. t.

ici à constater ou à reconnaître une propriété préexistante, il en crée lui-même une qui n'existait pas auparavant; chaque copartageant acquiert sur le fondement de la sentence une propriété divisée nouvelle, en échange de sa propriété indivise antérieure⁽⁴⁴⁾. C'est sans doute à cause de l'adjudication que Justinien a été engagé à appeler les actions en partage actions mixtes, c'est-à-dire à la fois réelles et personnelles⁽⁴⁵⁾; l'on doit dire qu'elles sont purement personnelles, car elles ne se fondent sur aucun droit réel, mais sur le quasi-contrat de communauté et sur les obligations qui en dérivent; ce sont ces obligations qu'elles poursuivent, à tel point qu'elles ne se donnent que contre les communistes; le partage n'est autre chose qu'une de ces obligations, peu importe qu'en y procédant le juge soit amené à accorder une propriété à chaque copartageant; cette propriété ne sert pas de base à l'action, elle n'avait pas même d'existence avant l'adjudication⁽⁴⁶⁾. Tel est aussi l'avis de la plupart des auteurs modernes⁽⁴⁷⁾.

5° Le droit de demander le partage est imprescriptible, puisqu'il se fonde sur l'indivision, et que celle-ci est un état de choses qui naît et renaît sans cesse, de manière qu'on ne peut jamais dire que l'action en partage soit née depuis plus d'un instant; elle aussi naît et renaît sans cesse⁽⁴⁸⁾. Au contraire, les prestations réciproques des communistes se prescrivent, comme toute autre obligation, à partir du jour où elles ont pris naissance⁽⁴⁹⁾; mais cette prescription peut être interrompue par une reconnaissance des cointéressés débi-

(44) GAIUS, IV, 42; ULPPIEN, XIX, 16; § 20 i. f., I. de action. 4, 6; § 4 initio, § i. f., 6 initio et 7, I. de off. jud. 4, 17; L. 2, § 1, L. 5, D. fin. reg. 10, 1; L. 22, § 1-3, D. h. t.; L. 6, § 10-11, D. comm. divid. 10, 5. — (45) § 20 initio, I. de action. 4, 6.

(46) L. 1, D. fin. reg. 10, 1; L. 22, § 4, D. h. t.; L. 1, § 1, C. de ann. except. 7, 40.

(47) En ce sens MACKELDEY, *Lehrb.* I, § 193, 5°. — GOESCHEN, *Vorles.* I, § 157, 4°. — THIBAUT, *System* I, § 62 in medio. — PRÜCHY, *Institut.* II, § 167, note k. — MOLITOR, I. c. II, n° 682. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 156, *Anm.* — NAMUR, *Institutes* II, § 414, 4°. — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 363 i. f. — Contra HASSE, *Rhein. Museum* V, p. 172-179 (1854). — SCHILLING, *Lehrb.* II, § 104, *Zusatz* 1. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* I, § 158, I, 2°. — SIXTENS, *Civilrecht* I, § 29, note 15. — KELLER, *Röm. Civilprocess* § 87 i. f. — Cf. SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* II, § 537, note 11, et DEMANGEAT, *Cours élém. de D. R.* II, p. 536-562. — (48) Arg. L. 8, pr., D. comm. divid. 10, 5; L. 3, C. cod. 3, 37.

(49) Arg. L. 6, C. fin. reg. 3, 39, et L. 1, § 1, C. de ann. except. 7, 40.

teurs, conformément à la théorie générale de la prescription; la continuation de la communauté forme une reconnaissance tacite⁽⁵⁰⁾.

B) *De l'action finium regundorum en particulier.* D'après la loi des Douze tables, les contestations de limites devaient être soumises à trois arbitres, que plus tard la loi Mamilia réduisit à un seul⁽⁵¹⁾; évidemment ces arbitres étaient des hommes de l'art, et il se forma ainsi une profession spéciale, celle des *agrimensores*. Mais on restreignit de fort bonne heure la compétence de ces derniers aux *quinque pedes* qui séparaient les domaines ruraux à Rome (*controversia de fine*); l'on renvoya à des juges ordinaires les contestations de limites qui s'étendaient au delà de cette lisière de terrain (*controversia de loco*)⁽⁵²⁾, sauf la faculté laissée au juge de se faire assister d'un arpenteur expert; après de nombreuses fluctuations⁽⁵³⁾, cette dernière disposition devint la règle générale⁽⁵⁴⁾.

1° L'action en bornage suppose la disparition ou la confusion des limites séparatives de deux héritages⁽⁵⁵⁾; en cas d'enlèvement des limites par le fait de l'homme, on dispose de plus d'une action pénale, de l'action *de termino moto*⁽⁵⁶⁾. L'on comprend que l'action en bornage ne s'applique qu'à des terrains non bâtis⁽⁵⁷⁾, les bâtiments étant limités par eux-mêmes⁽⁵⁸⁾. Si un voisin, de l'autre côté d'une route publique ou d'une eau publique avait empiété sur l'une ou l'autre, de façon à la rejeter sur notre héritage, il y aurait lieu, soit à l'action *vie rejectæ*⁽⁵⁹⁾, ou à l'interdit *ne quid in loco publico vel itinere fiat*⁽⁶⁰⁾, soit à l'interdit *ne quid in flumine publico fiat*⁽⁶¹⁾.

(50) T. II, § 579, II, B, 5^o, d. — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 365 i. f.

(51) CIC., *de leg.* I, 21; SICULUS FLACCUS, *de condit. agr.* p. 144 (édit. Goës); Cf. L. 8, pr. i. f., D. *fin. reg.* 10, 1.

(52) SICULUS FLACCUS, l. c. p. 8; FRONTINUS, *de controuv. agr.* p. 59-60 (édit. Goës); AGGENUS, in *Frontinum* p. 55 (édit. Goës); SIMPLICIUS, p. 79 et 83 (édit. Goës).

(53) L. 3, L. 4, L. 5, C. Théod. *fin. reg.* 2, 26.

(54) Cf. L. 5-6, C. J. *fin. reg.* 3, 59. — (55) L. 8, pr., D. *fin. reg.* 10, 1.

(56) D. *de termino moto* 47, 21; PAUL, I, 16, § 1; § 6 i. f., l. *de off. jud.* 4, 17; L. 4, § 4, D. *fin. reg.* 10, 1; L. 4, C. *cod.* 5, 59.

(57) L. 2, pr., L. 4, § 8 et 10 i. f., L. 6, D. *fin. reg.* 10, 1. — (58) L. 4, § 10, D. *cod.*

(59) L. 3, pr., cf. § 1, D. *de via publ.* 45, 11.

(60) L. 2, pr., § 1-2 sq., D. *ne quid in loco publ.* 45, 8; L. 4, § 11, L. 5, D. *fin. reg.* 10, 1.

(61) L. 1, pr., § 1-2 sq., D. *ne quid in flum. publ.* 45, 15; L. 5 *cbn.* avec L. 4, § 11, D. *fin. reg.* 10, 1; Cf. L. 6, D. *cod.*

2° L'action en bornage a pour but de retrouver les limites par tous les moyens possibles⁽⁶²⁾; en cas d'impossibilité absolue de le faire, il ne reste qu'à attribuer à chaque voisin la moitié du terrain contesté⁽⁶³⁾.

3° L'action dont il s'agit appartient au propriétaire⁽⁶⁴⁾, au possesseur de bonne foi, et aux titulaires d'un droit d'emphytéose, d'usufruit ou d'hypothèque; elle doit être dirigée contre le maître du fonds voisin⁽⁶⁵⁾.

§ 272. *De la réception des choses d'un voyageur ou d'un passager.*

D. *nautæ, cauponæ, stabularii ut recepta restituant* 4, 9 (h. t.).

Voyez encore : *furti adversus nautas, cauponæ, stabularios* 47, 3.

WOLTERS. *Ueber die actio de recepto*. Hambourg, 1804.

MÜLLER. *Ueber die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten*.

Leipzig, 1837 (2^e édition; 1^{re} de 1838).

1° Les hôteliers ou aubergistes (*cauponæ*) sont responsables des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux, comme s'ils en avaient reçu le dépôt⁽¹⁾; la même responsabilité frappe celui qui exploite soit un navire (*exercitor navis, nauta*)⁽²⁾, soit une écurie ou une étable en y recevant les animaux des voyageurs (*stabularius*)⁽³⁾; de là le *receptum nautæ, cauponis et stabularii*. Nous parlerons à titre d'exemple des effets du voyageur reçus dans une hôtellerie.

2° La responsabilité de l'hôtelier est absolue : il répond du vol ou du dommage des effets du voyageur, quelle qu'en soit la cause; sa profession lui impose le devoir de les surveiller ou de les faire

(62) L. 4, pr., L. 8, § 1, L. 11, L. 12, D. *fin. reg.* 10, 1; L. 23, C. *eod.* 3, 39; Cf. § 6, I. de *off. jud.* 4, 17, v^{is} *Si finium regundorum*..... *condemnari*; L. 2, § 1 i. f., L. 3, D. *fin. reg.* 10, 1.

(63) L. 2, § 1 initio, D. *fin. reg.* 10, 1. — Voyez encore L. 4, § 1-4, D. *eod.*

(64) Cf. L. 4, § 3, D. *eod.* — (65) L. 4, § 9, D. *eod.*

(1) L. 1, pr., § 1 et 3 initio, L. 3, § 1-3, L. 3, pr., cf. L. 1, § 3 i. f., D. *h. t.*

(2) L. 1, pr., § 2 initio, 3 initio et 4, cf. § 3 i. f., D. *h. t.*

(3) L. 1, pr., § 3 initio, cf. § 3 i. f., D. *h. t.*

surveiller par ses gens, de manière à pouvoir les restituer en toute éventualité à leur maître⁽⁴⁾. Il n'est pas même en son pouvoir de se soustraire à la responsabilité qui lui incombe par une simple déclaration contraire, si le voyageur n'y a pas adhééré expressément ou tacitement; il existe pour le voyageur un droit acquis par la réception de ses effets dans l'hôtel⁽⁵⁾. Les cas de force majeure font seuls exception à la règle, personne n'en répond⁽⁶⁾.

5° La responsabilité de l'hôtelier consiste à devoir indemniser le voyageur⁽⁷⁾; s'il y a eu délit de ses gens, il est même tenu, en vertu d'un quasi-délit, au paiement du double⁽⁸⁾; de là une action *in factum*⁽⁹⁾, dite de *recepto*, *in simplum vel in duplum*, sans préjudice des actions ordinaires contre l'auteur du délit⁽¹⁰⁾.

§ 275. Des pertes et avaries maritimes subies dans l'intérêt commun.

D. de lege Rhodia de jactu 14, 2.

DE SCHRYVER. Commentaire sur la loi Rhodia de jactu. Bruxelles, 1844.

Le principe qui sert de base à la présente théorie, et probablement aussi en partie ses détails sont d'origine Rhodienne; c'est pourquoi on parle d'une loi *Rhodia de jactu*⁽¹⁾.

I. Conditions de la contribution. 1° Avant tout il doit y avoir eu un danger de mer commun⁽²⁾, question qui dans le doute est aban-

(4) L. 1, § 5 et 8 i. f., L. 2, L. 5, pr. initio, L. 5, § 1, L. 6, § 1, L. 7, pr. initio, § 2, *vis Sed si*....., et § 5, D. h. t. — (5) L. 7, pr. i. f., D. h. t.

(6) L. 5, § 1 i. f., D. h. t.; Cf. L. 1, § 2 i. f., L. 6, § 2 initio et 5, D. h. t.; L. un., § 6, D. *furti adv. naut.* 47, 5. — Voyez encore L. 1, § 6-8, L. 5, pr. i. f., L. 4, § 2, L. 6, pr., L. 7, pr., *vis Ceterum, si extra navem, licet a nautis, non præstabit*, D. h. t.

(7) L. 1, pr., L. 5, § 1, *vis Aut prætor*..... *proficiascitur*, et § 4, D. h. t.

(8) § 5, l. de oblig., *quæ quasi ex del. nasc.* 4, 5; L. 7, § 1 et 6 initio, D. h. t.; L. un., pr., § 1-2, D. *furti adv. naut.* 47, 5; Cf. L. 6, § 5, D. h. t., et L. un., § 6, D. *furti adv. naut.* 47, 5.

(9) L. 5, § 1 initio, D. h. t. — § 5 i. f., l. de oblig., *quæ quasi ex del. nasc.* 4, 5; L. 7, § 1, D. h. t.

(10) § 5, l. cil., *vis si modo*..... *exerceret*; L. 6, § 4 initio, D. h. t.; L. un., § 5, D. *furti adv. naut.* 47, 5; Cf. L. 5, § 5, L. 6, § 4, D. h. t.

(1) PAUL, II, 7, § 1; L. 1, L. 9, D. h. t.

(2) L. 2, § 1 i. f. et § 2 initio, D. h. t.; Arg. L. 14, pr. i. f., D. de præscr. verb. 19, 5.

donnée à l'appréciation du juge. Naturellement le péril doit avoir eu un caractère fortuit; si une faute était imputable au capitaine, celui-ci et l'armateur, son commettant, seraient seuls responsables de la perte qui en est résultée⁽⁵⁾. Mais une tempête n'est pas indispensable, on lui assimile une attaque de corsaires⁽⁴⁾.

2° Une perte doit avoir été subie, sa nature est indifférente. A la vérité la loi Rhodienne ne s'occupait que du jet de marchandises, comme l'indique son nom⁽⁵⁾; mais les Romains l'avaient étendue à toutes les circonstances analogues, à tous les sacrifices faits pour sauver un navire⁽⁶⁾.

3° Le sacrifice doit avoir été intentionnel, c'est-à-dire fait dans le but de sauver le navire; des pertes accidentelles ne donnent jamais lieu à une contribution, car celle-ci a pour base essentielle un sacrifice consenti dans l'intérêt commun⁽⁷⁾.

4° En dernier lieu, le sacrifice doit avoir atteint son but, et sauvé le navire, sinon nul motif d'y avoir égard⁽⁸⁾.

II. *De la contribution elle-même.* 1° De quelle manière se règle la contribution? Le principe général à cet égard est que la perte doit être supportée par tous les intéressés, propriétaires du navire ou des marchandises⁽⁹⁾, y compris les propriétaires des marchandises jetées ou détériorées dans l'intérêt commun, car leur position ne doit pas être plus favorable que celle des autres intéressés⁽¹⁰⁾; il n'y a exception que pour les choses qui, telles que les vivres et autres accessoires de la personne des passagers, ne constituent pas des biens

(5) L. 13, § 2, D. *loc.* 19, 2; Cf. L. 10, § 1, D. *h. t.* — (4) L. 2, § 3 initio, D. *h. t.*

(5) L. 1, cf. L. 9, D. *h. t.*

(6) L. 2, § 3 initio, L. 3, L. 4, pr., *v^{is} Navis onusta..... probat* (PAUL, II, 7, § 4 initio), et § 2, *v^{is} Sed hic videamus.....*, cbn. avec les premiers mots du §, L. 3, § 1, D. *h. t.*

(7) PAUL, II, 7, § 3; L. 2, § 1, 3 i. f. et 3, L. 4, § 2, *v^{is} Potest tamen dici..... penetravit*, L. 6, L. 7, L. 9, D. *h. t.*

(8) PAUL, II, 7, § 3; L. 3, pr., L. 4, § 1, *v^{is} Eorum vero*, et pr., *v^{is} Contra si scapha.....* (PAUL, II, 7, § 4 i. f.), D. *h. t.*; Cf. PAUL, II, 7, § 2, et L. 4, § 1, *v^{is} Sed si navis..... respondit*, D. *cod.*

(9) L. 2, pr. i. f. et § 2, *v^{is} Placuit omnes..... deberent*, D. *h. t.*; L. 2, § 2, *v^{is} Quum in eadem nave..... obligatum esse*, D. *h. t.*; Cf. PAUL, II, 7, § 2, et L. 4, § 1, *v^{is} Sed si navis..... respondit*, D. *h. t.* — (10) L. 4, § 2, *v^{is} Quum autem..... hic pro decem*, D. *h. t.*

proprement dits (11). De plus, chaque intéressé doit contribuer à la perte dans la proportion exacte de l'intérêt qu'il avait au sacrifice, puisque cet intérêt forme la base de l'obligation de contribuer (12) : l'on estimera donc en argent, d'un côté les biens sujets à contribution, en ayant soin d'évaluer les marchandises d'après leur valeur au lieu du déchargement, telle est la mesure de l'intérêt de leur propriétaire au sacrifice (13), et d'un autre côté le montant des pertes, en se plaçant naturellement à l'époque où le sacrifice a été fait (14). C'est dans la proportion entre ces deux sommes que chacun devra, eu égard au capital d'intérêt auquel il aura été taxé dans le premier calcul, contribuer à la perte commune ; suivant que sa part contributoire sera reconnue inférieure ou supérieure à la perte que lui-même a éprouvée, il agira en contribution ou sera forcé de contribuer, dans les deux cas pour la différence ; que si sa portion contributoire se confondait avec sa perte, il resterait étranger à la contribution (15).

2° Jusque sous l'époque classique, l'obligation de contribuer à des pertes ou avaries maritimes n'opérait pas directement entre les propriétaires des marchandises, car ils ne se trouvent unis par

(11) L. 2, § 2, *vis Itidem agitatum est.....*, D. h. t.

(12) L. 2, § 2, *vis Jacturae summam pro rerum pretio distribui oportet*, et § 4 initio, D. h. t.

(13) Si la loi 2, § 4, D. h. t. ordonne, au moins pour les marchandises jetées, de s'en rapporter au prix d'achat, elle ne concerne pas leur taxation au point de vue de l'obligation de contribuer (*non quarum rerum nomine conferendum est*), mais au point de vue du droit à la contribution, c'est-à-dire de la perte subie, perte qui s'estime effectivement au moment du sacrifice, comme nous l'observons sous la note suivante.

(14) L. 2, § 4 initio, D. cit.

(15) C'est la décision bien logique de la loi 4, § 2, D. h. t., à partir des mots *Sed distinctio subtilior.....*; elle prévoit successivement deux espèces :

		A.	B.	C	propriétaire des marchandises détériorées.	Masse.
1 ^{re} espèce.	{ Biens sujets à contribution	50,	50,	20,		100
	{ Pertes subies	55,	15,	2,		50
	{ donc, parts contributoires	25,	15,	10,		
	A aura droit à 8, B ne recevra ni ne devra rien, et C devra 8 à A.					
2 ^{de} espèce.	{ Biens sujets à contribution	50,	50,	20,		100
	{ Pertes subies	0,	0,	10,		10
	{ donc, parts contributoires	5,	5,	2,		
	A devra 5, B 5, ensemble 8 qui reviendront à C.					

aucun lien juridique ; seulement entre ces propriétaires et le capitaine du navire il existait, par suite du transport dont le dernier s'était chargé, un louage de services ; en conséquence, les propriétaires des marchandises exerçaient contre le capitaine l'action *locati* pour en obtenir une réparation intégrale⁽¹⁶⁾, sauf le recours du capitaine contre les autres contribuables par l'action *conducti*, à l'effet de récupérer ce qu'il avait payé pour leur compte⁽¹⁷⁾ ; cependant, le capitaine devait être admis à se libérer par le paiement de sa part personnelle, en cédant pour le surplus son action *conducti* contre les autres contribuables⁽¹⁸⁾. En droit nouveau, nous pensons que par application d'une règle générale sur la cession, les propriétaires des marchandises peuvent, en dehors de toute cession effective, agir les uns contre les autres en règlement de parts, par voie d'action utile⁽¹⁹⁾.

CHAPITRE III. — DES DÉLITS.

I. *de obligationibus, quæ ex delicto nascuntur* 4, 1 ; D. *de privatis delictis* 47, 1.

§ 274. Principes généraux sur la matière.

I. *Notion et divisions des délits.* Le délit (*delictum*, de *delinquere*, manquer) est une contravention à une loi qui défend ou ordonne quelque chose sous la menace d'une peine. Ainsi, le caractère distinctif du délit consiste dans la peine attachée par la loi à certains actes ou omissions injustes, c'est-à-dire violant le droit d'autrui, car celui qui use de son propre droit, ne fait tort à personne⁽¹⁾. Mais une simple faute peut former un délit ; un dol, une résolution criminelle n'est

(16) L. 2, pr., *v^{is} Si laborante nave..... agere debent*, et § 2, *v^{is} ex conducto..... acturos*, D. *h. t.*

(17) L. 2, pr., D. *cit.*, *v^{is} is deinde..... agere potest*, cf. *v^{is} Servius quidem.....*

(18) Arg. L. 2, § 6, D. *h. t.*

(19) T. I, § 176, IV. En ce sens MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 566 i. f. — Voyez encore L. 2, § 7, D. *h. t.*

(1) L. 131, L. 133, § 1, D. *de R. J.* 30, 17.

pas nécessaire (2). Les Romains divisaient les délits en publics et privés.

1° Sont réputés publics (*delicta publica, crimina publica, crimina*) les délits qui troublent directement l'ordre social (3). Pour ce motif tout citoyen avait le droit d'en poursuivre la répression, en se portant accusateur public (*accusatio criminis, in crimen subscribere*) (4), et d'autre part, c'était le peuple lui-même, réuni en comices centuriates, qui avait le jugement du crime (5). La seconde de ces règles ne se maintint pas : au septième siècle de Rome, apparaissent pour une série de méfaits particulièrement graves des tribunaux criminels permanents, les *quæstiones perpetuæ*, qui sont une espèce de délégation du peuple romain ou des comices (6) ; ces tribunaux s'élèvent rapidement en importance, et finissent par constituer la règle de la justice criminelle, l'*ordo judiciorum publicorum*, jusqu'à ce qu'Auguste enlève entièrement au peuple les jugements criminels (7). Sous l'empire la juridiction des *quæstiones perpetuæ* fut restreinte à son tour par une compétence spéciale attribuée au sénat (8), et à divers préfets (9), surtout à celui de la ville (10), pour ne pas parler du droit d'évocation de l'empereur (11) ; on divisa alors les crimes en *crimina publica* proprement dits, soumis aux *quæstiones perpetuæ*, et *crimina extraordinaria*, dont le jugement était poursuivi par les autorités prémentionnées, *extra ordinem judiciorum publicorum* (12) ;

(2) L. 44, pr., ebn. avec L. 31, v^{is} *Culpam autem esse, quod, quum a diligente provideri poterit, non esset provisum*, D. ad leg. Aquil. 9, 2.

(3) § 5-8, cf. § 3-4, 9-11, l. de publ. jud. 4, 18 ; L. 1, D. eod. 48, 1.

(4) § 1, l. eod. ; L. 45, § 10, D. de R. N. 25, 2 ; L. 8-10, L. 16, D. de accus. et inscript. 48, 2. — L. 7, pr., L. 5, pr., D. eod. ; L. 16, L. 17, pr., C. eod. 9, 2.

(5) Cic., de republ. II, 56 ; de leg. I, 4 et 19 ; in Verr. V, 65 ; pro Rabirio 4.

(6) Cic., in Brutum 27 ; pro Cluentio 53 ; L. 2, § 52, D. de O. J. 1, 2, v^{is} *Deinde Cornelius Sulla..... adjecit*. — (7) DION CASSIUS, LVI, 40.

(8) DION CASSIUS, LII, 51-52 ; SÉTONE, Octave 66, et Caligula 2 ; TACITE, Ann. II, 28-52 et 50 ; XIII, 44.

(9) D. de officio præfecti vigilum 1, 15 ; L. 56, § 1, D. de furt. 47, 2 ; L. 2, D. de effractor. 47, 18, et Inscription de cette loi. — L. 15, D. de accus. 48, 2.

(10) TACITE, Ann. VI, 11 ; D. de officio præfecti urbi 1, 12.

(11) TACITE, Ann. III, 10-16 et 57 ; IV, 22 ; VI, 7-10 ; XIV, 50. — Cf. PRÉBÈRE, Fables III, 40. — (12) D. de publicis judiciis 48, 1, et de extraordinariis criminibus 47, 11.

à la fin de l'époque classique, les *questiones perpetuae* s'évanouissent⁽¹⁵⁾, et dans le dernier état du droit romain la juridiction criminelle appartient à Rome et à Constantinople au préfet de la ville⁽¹⁴⁾, dans les provinces aux gouverneurs⁽¹⁵⁾ et accessoirement aux magistrats municipaux et aux défenseurs des cités⁽¹⁶⁾; tous les crimes étaient ainsi devenus *extraordinaria*, mais on n'en conserva pas moins cette dénomination pour les méfaits qui l'avaient reçue dans les premiers temps de l'empire⁽¹⁷⁾.

2° Les délits privés (*delicta privata*) sont ceux qui lésent surtout des intérêts privés, en ne troublant qu'indirectement l'ordre social; le droit romain en connaît quatre : le vol, la rapine, le dommage illicite et l'injure⁽¹⁸⁾. Partant du point de vue que ces infractions lésent avant tout des intérêts individuels, les Romains admettaient exclusivement la partie lésée à en poursuivre la répression⁽¹⁹⁾; la peine elle-même avait un caractère privé : elle consistait en une somme d'argent, presque toujours un certain nombre de fois (deux à quatre) le montant des dommages et intérêts⁽²⁰⁾. Cependant, déjà sous la république⁽²¹⁾ et d'une manière générale vers l'époque classique⁽²²⁾, on ouvrit à la partie lésée, à côté de la poursuite privée,

(15) Voyez encore pour leur persistance CAPITOLIN, *Marc-Aurèle* 24, et L. 1, pr., D. de off. ejus, cui mand. est jurisd. 1, 21.

(14) DION CASSIUS, LII, 21; L. 1, pr., § 4 et 14, D. de off. præf. urbi 1, 12; L. 1, § 3, D. eod.; L. 8, § 5, D. de pæn. 48, 19; CASSIODORE, *Varie* VI, 4. — L. un., D. de priviil. urb. Constantin. 11, 20. — (15) L. 1, C. Théod. ne sine jussu princ. 9, 41.

(16) L. 8, C. Théod. de jurisd. 2, 1; L. 5, C. J. de defensor. civit. 1, 53.

(17) L. 1, D. de publ. jnd. 48, 1; L. 1, L. 3, § 2 initio, D. stellion. 47, 20; L. 1, § 1, L. 2, D. de prævar. 47, 15; L. 2 initio, D. de concuss. 47, 15; L. 5, D. de extraord. crimin. 47, 11. — (18) GAUS III, 182 initio; pr. i. f., i. h. t.

(19) § 15, i. h. t.; L. 10, D. de furt. 47, 2.

(20) § 3, i. h. t.; pr., i. de vi bonor. rapt. 4, 2; § 7 i. f., i. de injur. 4, 4; Cf. § 7 initio, i. cit.; pr. et § 14 i. f., i. de lege Aquil. 4, 5.

(21) PLIN, *Hist. nativ.* XVIII, 5; L. 3, pr. et § 7, L. 9, D. de sepulc. viol. 47, 12.

(22) PAUL, V, 5, § 5, D. de fmr. baln. 47, 17. — PAUL, V, 18, § 1; D. de abig. 47, 14. — D. de effractor. et expilat. 47, 18; D. expil. hered. 47, 19; C. de crim. expil. hered. 9, 52. — L. 7, D. de extraord. crim. 47, 11. — L. 2, § 1, D. vi bon. rapt. 47, 8. — L. 92, D. de furt. 47, 2. — § 10, i. de injur. 4, 4; L. 43, D. eod. 47, 10. — § 11, i. de lege Aquil. 4, 5; L. 2, § 1, D. vi bon. rapt. 47, 8; L. 1, § 1, L. 5, § 8, D. de incend. 47, 9; L. 5, pr., L. 6, D. de sepulc. viol. 47, 12.

une poursuite publique ou criminelle, avec un droit d'option entre l'une et l'autre⁽²⁵⁾, le cumul étant exclu⁽²⁴⁾; le dommage illicite demeura seul régulièrement limité à l'action privée⁽²³⁾.

II. *Effets des délits.* Tout délit produit à charge du délinquant un double effet, une double obligation : il l'astreint à se soumettre à la peine portée contre le délit, et à réparer le dommage qui en est résulté; de là des actions pénales et des actions répersécutoires, puis encore des actions mixtes, à la fois pénales et répersécutoires⁽²⁶⁾.

A) Généralement ces actions n'ont rien de personnel à l'ayant-droit, mais, comme toutes les autres, passent aux héritiers⁽²⁷⁾; il n'y a exception que pour l'action d'injures, qui ayant pour objet une réparation morale plutôt que pécuniaire, ne pouvait appartenir qu'à l'injuré lui-même⁽²⁸⁾.

B) Par contre, les héritiers du coupable sont à la vérité soumis à l'action répersécutoire⁽²⁹⁾, mais non aux actions pénale⁽³⁰⁾ ou mixte⁽³¹⁾, car ces dernières poursuivent en tout ou en partie le payement d'une peine, qui par son essence est personnelle au coupable; l'action mixte est pour son élément répersécutoire remplacée par une action répersécutoire, quand il en naît une du fait illicite⁽³²⁾, et subsidiairement par une action *in factum*⁽³³⁾.

C) Lorsque plusieurs ont pris part au même délit, chacun est

(23) L. 3, D. *h. t.*; L. 92, D. *de furt.* 47, 2; L. 2, § 1, D. *vi bon. rapt.* 47, 8; § 16, I. *de injur.* 4, 4. — (24) L. 56, § 1, D. *de furt.* 47, 2.

(25) Cf. § 11, I. *de lege Aquil.* 4, 5; L. 2, § 1, D. *vi bon. rapt.* 47, 8; L. 1, § 1, L. 3, § 8, D. *de incend.* 47, 9; L. 5, pr., L. 6, D. *de sepulc. viol.* 47, 12.

(26) Gaius, IV, 6-9; § 16, 18 et 19, I. *de action.* 4, 6.

(27) L. 1, § 1, D. *h. t.*; L. 2, § 27 initio, D. *vi bon. rapt.* 47, 8; L. 25, § 8 initio, D. *ad leg. Aquil.* 9, 2; § 1, I. *de perpet. et tempor. action.*, et *quæ ad her. et in her. transeunt* 4, 12, *vis Sed hereditibus hujusmodi actiones competunt, nec derogantur.*

(28) L. 1, § 1 i. f., D. *cit.*; § 1, I. *cit.*, *vis excepta injuriarum actione.*

(29) L. 9, D. *de conduct. furt.* 15, 1; Cf. L. un., C. *ex del. defunct. in quant. her. conven.* 4, 17; L. 58, D. *de R. J.* 50, 17.

(30) § 1, I. *de perpet. et tempor. act.* 4, 12, *vis Est autem..... damni injuriæ*; L. 1, pr. initio, D. *h. t.* — (31) § 1, I. *cit.*, *vis citis*; § 9 i. f., I. *de lege Aquil.* 4, 5.

(32) L. 2, § 27 i. f., D. *vi bon. rapt.* 47, 8.

(33) Cf. L. 25, § 8 i. f., D. *ad leg. Aquil.* 9, 2.

tenu pour le tout de la peine et des dommages et intérêts, mais avec une importante distinction : les dommages et intérêts ne forment qu'une obligation unique solidaire, et partant ne doivent être payés qu'une seule fois⁽⁵⁴⁾; au point de vue de la peine il y a autant d'obligations séparées que de coupables, chacun de ceux-ci doit payer la peine indépendamment des autres⁽⁵⁵⁾. Au reste, le droit romain confond dans la même règle et soumet aux mêmes obligations toutes les personnes ayant participé à un délit : il ne sépare point des coauteurs qui y ont participé d'une manière principale⁽⁵⁶⁾, les simples complices dont la participation n'a été que secondaire⁽⁵⁷⁾, ni même les fauteurs du délit, qui, comme les recéleurs, n'ont fait que favoriser les coupables après la consommation du délit⁽⁵⁸⁾. Mais il faut un acte de participation proprement dit⁽⁵⁹⁾; on ne saurait considérer comme tel un simple conseil⁽⁶⁰⁾.

D) L'on est aussi jusqu'à un certain point responsable du délit commis par ses esclaves, voire même du dommage causé par ses animaux, bien que ce dommage ayant pour auteur un être dépourvu d'intelligence et de liberté ne forme pas un délit, mais un préjudice accidentel appelé par les Romains *pauperies*, *id est damnum sine injuria facientis datum*⁽⁶¹⁾; c'est à cette double responsabilité que correspondent respectivement les actions noxales⁽⁶²⁾ et l'action de

(54) L. 11, § 2 i. f., D. *eod*; L. 1 i. f., C. de *condict. furt.* 4, 8.

(55) L. 1 initio, C. *cit.*; L. 54, D. de *injur.* 47, 10; Cf. L. 53, § 1, D. de A. T. 26, 7.

(56) Pr. i. f., l. *si q. p. f. d.* 4, 9; L. 1, § 5, D. *eod.* 9, 1.

(57) I. 4, 8, D. 4, 9, et C. 5, 41, de *noxalibus actionibus*. — THIBAUT, *Ueber den durch ein Thier secundum naturam verursachten Schaden : Versuche* II, n° 8, Léna 1817 (2^{de} édit.; 1^{re} de 1801). — ZIMMERN, *Das System der römischen Noxalklagen*, Heidelberg, 1818. — GESTERDING, *Ueber den Ersatz des Schadens welchen fremde Thiere stiften : Zeitschrift für Zivilrecht und Process* IV, p. 261-288 (1851), et *Nachforschungen* VI (2), p. 153-163, cf. 166-173 (1858).

(58) L. 1 initio, C. de *condict. furt.*; L. 54, D. de *injur.* 47, 10; Cf. L. 53, § 1, D. de A. T. 26, 7.

(59) § 11 initio, l. *h. t.*; § 11, l. de *injur.* 4, 4; L. 50, § 4 initio, D. de *furt.* 47, 2; L. 2, § 25, L. 4, § 4-6, D. vi *bon. rapt.* 47, 8.

(60) § 11 in medio, l. *h. t.*; L. 50, § 5 initio, L. 54, § 4, D. de *furt.* 47, 2, *con.* avec L. 47, pr. initio, D. de R. J. 30, 17.

(61) § 4 i. f., l. *h. t.*; L. 14, C. de *furt.* 47, 2; L. 9, C. *ad leg. Jul. de vi* 9, 12.

(62) Voyez les textes cités aux notes 39-41.

pauperie⁽⁴⁵⁾, qui n'est qu'une espèce particulière d'action noxale.

1^o Les actions noxales proprement dites sont subordonnées à un délit commis par l'esclave⁽⁴⁶⁾; mais si le maître ayant pu empêcher le délit de son esclave ne l'a pas fait, il est considéré comme auteur personnel du délit, et responsable comme tel à toutes les actions ordinaires⁽⁴⁷⁾. De son côté, l'action *de pauperie* exige au moins que l'animal ait causé le dommage sous l'empire d'un défaut particulier, ou, d'après l'expression romaine, qu'il ait agi *contra naturam sui generis*, sinon l'acte dommageable doit être considéré comme un cas fortuit⁽⁴⁸⁾; mais le maître demeure personnellement responsable d'un défaut de surveillance, par application du principe de la loi *Aquila*⁽⁴⁹⁾.

2^o Les actions noxales proprement dites ont le même but que les actions ordinaires naissant du délit commis par l'esclave, car ce ne sont autre chose que les actions usuelles, pénales, mixtes ou répersécutoires⁽⁴⁸⁾; quant à l'action *de pauperie*, elle tend à obtenir des dommages et intérêts⁽⁴⁹⁾. Mais l'obligation du maître admet ce tempérament qu'il peut se libérer, s'il le veut, en abandonnant l'esclave ou l'animal auteur du délit ou du dommage⁽⁵⁰⁾; cet abandon est la *noxæ deditio* (*id est servi vel animalis quod nocuit, deditio*)⁽⁵¹⁾; il a donné son nom à l'action noxale.

3^o Les actions noxales et l'action *de pauperie* se donnent contre celui qui au moment de la poursuite est propriétaire de l'esclave ou

(45) § 11 i. f., l. h. t., ebn. avec L. 2, § 6, D. *mand.* 17, 1.

(46) l. 4, 9, et D. 9, 1, *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*.

(47) Pr. et § 4, l. *de noxal. act.* 4, 8; L. 1, D. *cod.* 9, 4.

(48) Pr. initio, l. *si q. p. f. d.* 4, 9; L. 1, § 4-7 et 11, L. 3, D. *cod.* 9, 1.

(49) Arg. L. 14, § 3, D. *de præscr. verb.* 19, 3; L. 6, C. *de lege Aquil.* 3, 33; Cf. PAUL, l. 13, § 1; L. 9, § 1, D. *ad exhib.* 10, 4, *vis Glans ex arbore..... consumta sit.* — Voyez encore T. II, § 279, 1^o.

(48) GAIUS, IV, 76; § 4, l. *de noxal. act.* 4, 8; pr. initio, l. *cod.* 4, 8.

(49) Cf. § 1, l. *si q. p. f. d.* 4, 9.

(50) § 2 et 3 initio, l. *de noxal. act.* 4, 8; pr. initio, l. *si q. p. f. d.* 4, 9; L. 1, pr., D. *cod.* 9, 1; L. 4, D. *de noxal. act.* 9, 4; L. 6, § 1, D. *de R. J.* 42, 1; Cf. § 3 i. f., l. *de noxal. act.* 4, 8.

(51) § 1, l. *de noxal. act.* 4, 8; L. 1, § 1, D. *si q. p. f. d.* 9, 1; Cf. L. 258, § 3, D. *de V. S.* 30, 16.

de l'animal⁽⁵²⁾, ou bien qui le possède de bonne foi⁽⁵³⁾; elles poursuivent donc une obligation attachée à la détention de l'esclave ou de l'animal, et accompagnant ceux-ci entre les mains de tout tiers détenteur (*actiones in rem scriptæ*)⁽⁵⁴⁾.

Anciennement, le principe des actions noxales s'appliquait aussi aux délits commis par des enfants sous puissance⁽⁵⁵⁾, mais plus dans le dernier état du droit romain⁽⁵⁶⁾.

§ 275. Du vol.

D. de furtis 47, 2; C. de furtis et servo corrupto 6, 2.

DOLLMANN. *Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts*. Kempen, 1856.

I. *Notion et conditions*. On appelle vol le déplacement frauduleux d'une chose : *furtum est contrectatio rei fraudulosa*⁽¹⁾. Aux termes de cette définition, les caractères du vol sont au nombre de deux :

1° Il faut le déplacement matériel d'une chose. Ainsi, la seule intention frauduleuse de l'agent n'est pas un vol ; pour le devenir, elle a besoin de s'être manifestée par des actes extérieurs, conformément à un principe général de droit pénal : *cogitationis pœnam nemo patitur*⁽²⁾; d'autre part, le vol ne s'applique point aux immeubles, qui n'admettent aucun déplacement⁽³⁾, bien que des juriconsultes romains se fussent efforcés d'étendre la notion du vol aux immeubles clandestinement usurpés par un tiers⁽⁴⁾. Mais la notion du

(52) GAIUS, IV, 77; PAUL, II, 51, § 8; § 5, I. de noxal. act. 4, 8; L. 1, § 12, D. si q. p. f. d. 9, 1; L. 2, § 1 initio, L. 7, pr., L. 42, § 2 i. f., L. 45, D. de noxal. act. 9, 4.

(53) L. 11, L. 28 initio, cf. L. 28 i. f., D. eod.

(54) PAUL, II, 51, § 8; L. 2, § 1 initio, D. de noxal. act. 9, 4.

(55) GAIUS, IV, 73; PAUL, II, 51, § 8. — (56) § 7, I. de noxal. act. 4, 8; Cf. T. II, § 510, I, 5°.

(1) § 1, I. h. t.; L. 1, § 5, D. h. t.; PAUL, II, 51, § 1; Cf. § 2, I. h. t.

(2) L. 18, D. de pœn. 48, 19; L. 1, § 2, L. 52, § 19, L. 67, pr., D. h. t.; L. 5, § 18, D. de A. v. A. P. 41, 2.

(3) L. 23, pr., D. h. t.; L. 58 i. f., D. de usurp. 41, 5; § 7 i. f., I. de usuc. 2, 6; GAIUS, II, 51 i. f.

(4) Voyez les trois derniers textes de la note précédente.

déplacement et partant celle du vol n'en reste pas moins des plus larges : le détenteur d'une chose peut aussi bien la déplacer que les non-détenteurs⁽⁵⁾ ; puis, il y a déplacement frauduleux lorsqu'on reçoit en connaissance de cause un paiement indu⁽⁶⁾ ; enfin, l'on peut en déplaçant une chose non-seulement la voler elle-même, mais encore son usage⁽⁷⁾ ou sa possession⁽⁸⁾ ; c'est pourquoi nos sources définissent le vol une *contractatio rei fraudulosa vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve*⁽⁹⁾.

2° Le vol suppose une intention frauduleuse, ou le désir de s'enrichir aux dépens d'autrui ; la bonne foi exclut nécessairement le vol⁽¹⁰⁾.

II. *Effets du vol.* Le vol, comme tout autre délit, produit un double effet à charge du voleur :

1° Il le rend passible d'une peine, qui consiste en général dans le double du dommage causé par le vol⁽¹¹⁾. Mais la peine est aggravée si le vol est manifeste ou flagrant, c'est-à-dire si le voleur a été surpris, soit au moment où il commettait ou venait de commettre le vol, soit nanti de l'objet volé avant d'avoir pu le porter en lieu sûr⁽¹²⁾ : la loi des Douze tables appliquait au voleur manifeste la peine draconienne de la perte de la liberté ; le voleur était adjugé au volé comme esclave, après avoir été battu de verges⁽¹³⁾ ; le préteur moins rigoureux remplaça cette peine par celle du quadruple du dommage⁽¹⁴⁾. L'action qui sert à demander la peine du

(5) L. 29, pr., D. *depos.* 16, 5 ; L. 22, § 7, D. *mand.* 17, 1 ; L. 1, § 22 initio, D. *de tut. act.* 27, 5 ; L. 35, L. 46, § 6, L. 75, D. *h. t.*

(6) L. 45, pr., D. *h. t.* ; L. 18 initio, D. *de conduct. furt.* 15, 1.

(7) § 6, I. *h. t.* ; L. 5, § 8, D. *commod.* 15, 6 ; L. 14, § 16, L. 48, § 4, L. 54, pr., L. 67, pr. i. f., D. *h. t.* ; L. 5 i. f., C. *depos.* 4, 54.

(8) GAIUS, III, 200 ; § 10, I. *h. t.* ; L. 19, § 5-6, L. 20, pr., D. *h. t.*

(9) § 1, I. *h. t.* ; L. 1, § 5, D. *h. t.*

(10) § 7, I. *h. t.* ; L. 22, pr., L. 46, § 7, L. 76, pr., D. *h. t.* — Cf. § 8, I. *h. t.* ; L. 46, § 8, D. *h. t.*

(11) GAIUS, III, 190 ; § 5 i. f., I. *h. t.* ; § 18 in medio et 25 initio, I. *de action.* 4, 6 ; L. 46, § 1, L. 30, pr., D. *h. t.* ; L. 11, C. *h. t.*

(12) PAUL, II, 51, § 2 ; § 5, I. *h. t.* ; Cf. GAIUS, III, 184. — (13) GAIUS, III, 189 initio.

(14) GAIUS, III, 189 i. f. ; PAUL, II, 51, § 15 ; § 5 initio, I. *h. t.* ; L. 46, § 2, D. *h. t.* ; L. 11, C. *h. t.*

vol, est l'*actio furti*; elle appartient à la personne qui, à raison des circonstances, avait l'intérêt le plus direct à ce que le vol ne fût pas commis, par une sorte de compensation des chances de perte que le vol lui fait courir⁽¹⁵⁾.

2° Le vol oblige de plus le coupable à payer des dommages et intérêts⁽¹⁶⁾, avec les conséquences spéciales résultant de la demeure dans laquelle il se trouve placé de plein droit : *fur semper moram facere videtur*⁽¹⁷⁾. Ces dommages et intérêts sont dus au propriétaire de la chose volée⁽¹⁸⁾, au possesseur de bonne foi⁽¹⁹⁾ ou au titulaire d'un droit réel⁽²⁰⁾; à cette fin on ouvrit au propriétaire la *condictio furtiva*⁽²¹⁾, malgré la règle que les *condictiones* portant sur un *dare oportere* n'appartiennent point au propriétaire de la chose réclamée, personne ne pouvant se faire *donner* sa propre chose⁽²²⁾; le possesseur de bonne foi et les titulaires d'un droit réel reçurent une *condictio sine causa* entièrement analogue à la *condictio furtiva*, car cette dernière est elle-même une *condictio sine causa* avec un nom propre⁽²³⁾.

À côté des actions ordinaires, pénales ou répersécutoires, naissant du vol, nous citerons l'action de *tigno juncto* relative au vol de matériaux de construction et formant une variété de l'*actio furti*⁽²⁴⁾, et l'action *rerum amotarum* donnée entre conjoints, une nuance particulière de la *condictio furtiva*⁽²⁵⁾. Nous parlerons tantôt de l'action *vi bonorum raptorum*, qui, dans le cas d'un vol commis avec

(15) § 13-15 et 17, I. h. t.; L. 12, pr. et § 2, L. 14, § 2, 3 et 16, L. 15, § 2, L. 46, § 3-4, L. 71, § 1, L. 78, L. 82, § 1, L. 83, D. h. t.; Cf. § 16, I. h. t.; L. 22, pr., § 1-5, C. h. t.; Cf. encore L. 55, § 3, D. h. t.

(16) § 19 initio, I. h. t.; L. 5, L. 8, § 2, L. 14, § 2-5, D. de *condict. furt.* 15, 1.

(17) L. 8, pr. et § 1, L. 16, L. 20, cf. L. 15, D. *eod.* — T. I, § 198, I.

(18) L. 1, L. 10, § 2-5, D. *eod.*; L. 1, § 1, D. de *condict. tritic.* 15, 5.

(19) L. 23, § 1 i. f., D. h. t., cbn. avec T. II, § 277, note 32;

(20) L. 12, § 2, D. de *condict. furt.* 15, 1, cbn. avec T. II, § 277, note 51.

(21) L. 1, D. *eod.*; L. 14, § 16 i. f., D. h. t.

(22) Gaius, IV, 4; § 14, I. de *action.* 4, 6; L. 12 i. f., D. *usufr. quemadm. cav.* 7, 9; L. 1, § 1, D. de *condict. tritic.* 15, 5. — (23) T. II, § 270, 1, 5°.

(24) D. de *tigno juncto* 47, 5. — T. I, § 117, II, 1°, cbn. avec I, 1°.

(25) D. de *actione rerum amotarum* 25, 2; C. *rerum amotarum* 5, 21. — T. II, § 291, I, 4°.

violence, représente comme action mixte l'*actio furti* et la *condictio furtiva*(26). Il va de soi que le volé dispose encore, selon les circonstances, de la revendication(27), des actions naissant de rapports obligatoires entre lui et le volé(28), et de l'action préparatoire ad *exhibendum*(29).

III. *Du recel d'objets volés.* A) L'ancien droit civil avait organisé un système tout particulier sur la perquisition d'objets volés : on procédait à cette perquisition en présence de témoins(30) ; en cas d'opposition, le volé devait entrer chez le recéleur supposé, n'ayant qu'une ceinture autour du corps, et tenant un plat dans les mains pour ne pas avoir les mains libres(31) ; la chose retrouvée demeurait chez le recéleur, à charge de la représenter à la première demande(32). D'un autre côté, le recel était puni alors même que le recéleur avait ignoré la nature des choses déposées chez lui(33). De là plusieurs actions spéciales :

1° Une *actio furti concepti* était ouverte contre le recéleur en obtention d'une peine du triple(34), sauf le recours du recéleur de bonne foi, par une *actio furti oblati*, contre celui qui lui avait remis la chose dans une intention malveillante, à l'effet de recouvrer ce qu'il avait dû payer(35). Si le recéleur s'était opposé aux recherches, il subissait une peine du quadruple, à l'instar du voleur manifeste(36).

2° Était également condamné au quadruple, à l'*actio furti non*

(26) T. II, § 276. — (27) § 19, I. h. t.; L. 7, § 1 i. f., D. de *condict. furt.* 13, 1.

(28) L. 3, § 8, D. *commod.* 13, 6; L. 3, C. *depos.* 4, 34.

(29) L. 7, § 1 i. f., D. de *condict. furt.* 13, 1 (T. II, § 283). — Voyez encore pour l'action de *rationibus distrahendis*, L. 2, D. de *tut. et rat. distrah. act.* 27, 3 (T. I, § 38, I, A, 2°).

(30) GAIUS, III, 186 initio; PAUL, II, 31, § 3 i. f.; § 4 initio, I. h. t.

(31) GAIUS, III, 192-193; FESTUS, v^{is} *Lance et livio*.

(32) Arg. § 4, I. h. t., v^{is} *Præterea pœna*..... *non exhibuit*.

(33) Arg. GAIUS, III, 187, et § 4, I. h. t., v^{is} *Oblatum furtum*..... *appellatur oblatus*.

(34) GAIUS, III, 186 et 191; PAUL, II, 31, § 3 initio; § 4, I. h. t., v^{is} *Conceptum furtum*..... *appellatur concepti*.

(35) GAIUS, III, 187 et 191; PAUL, II, 31, § 3 i. f.; § 4, I. h. t., v^{is} *Oblatum furtum*..... *appellatur oblatus*. — (36) GAIUS, III, 192 i. f., cf. 194.

exhibiti, le recéleur qui se refusait à représenter les objets volés découverts en sa possession⁽⁵⁷⁾.

B) Le prêteur avait déjà aboli virtuellement l'ancien mode bizarre de perquisition chez le recéleur récaleitrant, et par voie de conséquence l'*actio furti concepti in quadruplum*, en donnant une *actio furti prohibiti in quadruplum* contre celui qui s'opposait aux recherches, à raison de ce seul refus⁽⁵⁸⁾.

C) En droit nouveau, l'ancienne théorie du recel est complètement tombée en désuétude⁽⁵⁹⁾ : les recéleurs ne sont plus punissables que s'ils ont reçu en connaissance de cause les objets volés⁽⁴⁰⁾, et alors ils encourent comme fauteurs du vol la peine ordinaire du double portée contre le voleur lui-même⁽⁴¹⁾.

§ 276. De la rapine.

- I. de vi bonorum raptorum 4, 2; D. vi bonorum raptorum, et de turba 47, 8;
C. vi bonorum raptorum 9, 33.

BREITENBACH. *Das Verbrechen des Raubs nach römischen Rechte*. Munich, 1839.

KELLER. *Semestria ad Marcum Tullium Ciceronem*, lib. III. Turin, 1831.

La rapine n'est autre chose qu'un vol commis avec la circonstance aggravante de la violence⁽¹⁾. Partant :

1° Les conditions de ce délit sont les mêmes que celles du vol⁽²⁾, plus l'emploi de la violence⁽³⁾.

2° Les effets sont aussi les mêmes, et surtout les actions naissant du vol reçoivent ici leur pleine application⁽⁴⁾. Mais tandis que le vol non manifeste ne donne droit qu'au double à titre de peine, le spolié peut réclamer une peine du triple au moyen de l'action vi

(57) § 4, I. h. t., v^b *Præterea pœna non exhibuit*.

(58) GAIUS, III, 188 et 192; § 4, I. h. t., v^b *Est etiam prohibuerit*.

(59) § 4 i. f., I. h. t. — (40) § 4 i. f., I. cit.; L. 14, C. h. t.

(41) Textes de la note précédente, et T. II, § 274, II, C.

(1) GAIUS, III, 209 initio; pr. initio, I. h. t.; L. 2, § 10 i. f., D. h. t.

(2) § 1, v^b *Quia tamen rapuit*, et § 2, I. h. t.; L. 2, § 8, 18, 22 et 23 initio, D. h. t.; L. 1, C. h. t. — (3) L. 2, pr., § 1 et 11, D. h. t.

(4) Pr. initio, I. h. t.; L. 1 initio, § 26 et 40, D. h. t.

bonorum raptorum; et comme cette action est en même temps répersécutoire, elle tend en tout au quadruple⁽³⁾.

§ 277. Du dommage illicite.

I. de lege Aquilia 4, 5; D. ad legem Aquiliam 9, 2; C. de lege Aquilia 3, 35.

VOLGRAFF. *De lege Aquilia*. Marbourg, 1820.

PERNICE (A). *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*. Weimar, 1867.

I. *Notions historiques*. Le dommage illicite fut réglé à Rome, au cinquième ou au sixième siècle, par un plébiscite célèbre, la loi Aquilia⁽¹⁾ : celle-ci comprenait trois chapitres⁽²⁾ ; mais le second qui se référait au cas où un *adstipulator* avait libéré le débiteur par acceptionilation, au préjudice du créancier véritable auquel il avait été adjoint⁽³⁾, tomba en désuétude avec les *adstipulatores*⁽⁴⁾. Le texte de la loi Aquilia ne s'appliquait qu'au dommage causé par un contact matériel et ayant produit un endommagement proprement dit de la chose : *damnum corpore corpori datum*⁽⁵⁾ ; la loi ne s'occupait ni du préjudice amené sans contact matériel⁽⁶⁾, ni de celui qui, tout en dépouillant le propriétaire de son bien, n'avait été accompagné d'aucun endommagement proprement dit de la chose enlevée⁽⁷⁾. Mais on ne tarda pas à généraliser le principe de la loi Aquilia, conformément à son esprit : dans la première des deux dernières espèces l'on accorda une action Aquilienne utile, à cause de la parfaite analogie de ce cas avec celui expressément prévu par la loi⁽⁸⁾ ; dans la seconde hypothèse, où à la rigueur cette analogie

(3) Pr., I. h. t., ebn. avec § 19 initio, I. de act. 4, 6 ; L. 1, L. 2, § 17, cf. § 13, D. h. t. — Mais voyez L. 2, § 15, D. h. t. ; L. 2-5, C. h. t.

(1) L. 1, D. h. t. — (2) GAIUS, III, 210, 215 et 217. — (3) GAIUS, III, 215-216.

(4) § 12, I. h. t. ; L. 27, § 4, D. h. t. — T. I, § 216, I, et T. II, § 240, I, B, 2^e.

(5) Arg. § 16, I. h. t. ; GAIUS, III, 219 ; L. 31, pr., D. h. t., v^{is} *sed lege Aquilia*.
et a cæde.

(6) GAIUS, III, 219 ; § 16, I. h. t., v^{is} *Ceterum placuit*. *in eum datur*.

(7) § 16, I. h. t., v^{is} *Sed si non corpore*.

(8) GAIUS, III, 219 ; § 16, I. h. t., v^{is} *Ceterum placuit*. *in eum datur* ; Cf. L. 9, pr. et § 3, L. 11, § 3, L. 29, § 7, L. 30, § 3, L. 33, D. h. t. ; L. 14, § 3, D. de præscr. verb. 19, 3.

n'existait pas, l'on ouvrit au moins une action *in factum*, avec les mêmes effets que l'action Aquilienne⁽⁹⁾.

II. *Notion et conditions du dommage illicite.* Il y a dommage illicite (*damnum injuria datum*), lorsque par sa faute on cause à quelqu'un un préjudice injuste. Pour être sujet à réparation, le dommage doit donc réunir un double caractère.

A) Il doit être injuste (*injuria*), c'est-à-dire ne pas constituer l'exercice d'un droit ; car celui qui use de son droit, est réputé ne faire tort à personne : *qui jure suo utitur neminem lædit*⁽¹⁰⁾. C'est par application de ce principe que :

1° Nous sommes autorisés à défendre contre une agression violente notre personne⁽¹¹⁾, et même nos biens si nous sommes indirectement menacés dans notre personne⁽¹²⁾ ; nous devons seulement nous abstenir de faire à l'agresseur plus de mal que ne le commande la nécessité de notre conservation personnelle⁽¹³⁾. Le droit romain assimile à la légitime défense la reprise immédiate d'une chose dont nous venons d'être dépossédés par la force, en considérant cette reprise comme une continuation de la légitime défense ; mais la reprise doit avoir eu lieu aussitôt, ou dans le même emportement⁽¹⁴⁾.

2° Nous ne sommes pas davantage responsables en règle générale d'une simple omission qui a causé un préjudice à autrui, car a priori rien ne nous oblige à faire quelque chose au profit d'un tiers⁽¹⁵⁾. Mais la règle cesse avec son motif toutes les fois qu'en vertu d'un rapport obligatoire nous étions astreints à un acte positif⁽¹⁶⁾.

(9) § 16, I. h. t., *vis Sed si non corpore*. ; L. 27, § 21, L. 49, pr., D. h. t. ; Cf. L. 35, § 1, D. h. t. — Voyez encore L. 50, § 2, D. h. t.

(10) L. 131, D. de R. J. 30, 17 ; L. 2, D. h. t.

(11) § 2, I. h. t. ; L. 3, D. de just. et juve 1, 1 ; L. 4, pr., L. 5, pr. initio, L. 43, § 4 initio, D. h. t. ; L. 1, § 27, D. de vi 43, 16.

(12) Cic., *pro Milone* 5 ; L. 4, § 1, L. 5, pr. in medio, D. h. t. ; L. 54, § 2, D. de furt. 47, 2 ; L. 1, C. unde vi 8, 4 ; Cf. L. 52, § 1 i. f., D. h. t.

(13) § 2 i. f., I. h. t. ; L. 5, pr. i. f., D. h. t. ; L. 1, C. unde vi 8, 4, *vis inculpatæ tutelæ moderatione*.

(14) L. 17, D. de vi 43, 16. — Voyez encore L. 49, § 1, D. h. t.

(15) L. 15, § 2 i. f., D. de usufr. 7, 4 ; Arg. L. 27, § 9, D. h. t., *vis nam, qui custodit, nihil fecit*. — (16) § 6, I. h. t. ; L. 7, § 8, L. 8, pr. i. f., L. 27, § 9, D. h. t.

5° Enfin, le débiteur qui a apporté à la garde et à la conservation de la chose due la somme de soins réclamée par son obligation, ne saurait être poursuivi par l'action Aquilienne comme coupable aux yeux de celle-ci, car il a fait son devoir ; d'ailleurs, le système contraire renverserait la théorie de la prestation des fautes dans les obligations, avec ce résultat injuste d'imposer à quelqu'un la responsabilité d'actes que sans le rapport obligatoire il n'eût jamais été appelé à poser, et dont partant il n'aurait pu avoir à répondre⁽¹⁷⁾. La plupart des auteurs sont d'un sentiment opposé⁽¹⁸⁾.

B) En second lieu, on n'est tenu de réparer le dommage causé à autrui que si on s'est rendu coupable d'une faute ; c'est la condition essentielle de toute responsabilité⁽¹⁹⁾. Un dol n'est pas nécessaire⁽²⁰⁾ ; mais d'autre part aussi, bien qu'un texte fameux dise *in lege Aquilia et levissima culpa venit*⁽²¹⁾, on ne répond pas de la faute très-légère ; les lois doivent être faites en vue de la masse des hommes, et non pour les hommes supérieurs ; dans le passage dont il s'agit, le superlatif est pris pour le positif⁽²²⁾. Nous trouvons dans nos sources la solution de nombreuses et intéressantes questions de responsabilité⁽²³⁾.

(17) Arg. L. 27, § 29, L. 42, D. h. t. — En ce sens VOLGRAFF, l. c. p. 26 sq. — HENEL, *Schadenersatz* § 35. — UNTERHOLZNER, l. c. II, § 675, 2° i. f., et note g. — TRIBAUT, *System* II, § 625, et BRAUN'S *Erörter.* p. 260 sq. — SINTENIS, *Civilrecht* II, § 101, II, et *Ann.* 58. — NAMPA, *Institutes* II, § 286, 5°. — PERNICE, l. c. p. 78 sq.

(18) Tels sont VON LÖHN, *Beiträge zu der Theorie der Culpa* p. 219 sq. — HASSE, *Die Culpa des römischen Rechts* § 36-37. — VALETT, *Pandektenrecht* II, § 650. — MEJER, in *Schueppe's röm. Privatrecht* III, § 551. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* II, § 350 in medio. — GOESCHEN, *Vorles.* II (2), § 392, 2°. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* II, § 555. — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 287 et note 24. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* II, § 405. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 455, note 12 i. f. — VANGEROW, *Lehrb.* III, § 681, *Ann.* 5, n° II. — MAYNZ, *Cours de D. R.* II, § 356, Observation. — (19) § 5 et 7, l. h. t. ; L. 5, § 2, D. h. t.

(20) § 5 i. f., l. h. t. ; L. 5, § 4, L. 50, § 5 initio, L. 44, pr., D. h. t.

(21) L. 44, pr., D. h. t.

(22) L. 51, D. h. t., *vis culpam autem esse, quod, quum a diligente provideri potuerit, non esset prorsum*. — T. I, § 195, II, B.

(23) § 4, 5 et 8, l. h. t. ; L. 5, § 3, L. 7, § 2-5, L. 8, § 1, L. 11, pr., L. 27, § 9-10, 25, 29 et 54, L. 28, L. 29, pr., § 2-4, L. 30, § 3, L. 31, L. 59, pr., L. 45, § 4 i. f., L. 52, § 1, 2 et 4, L. 57, D. h. t.

III. *Effets du dommage illicite.* 1^o D'abord, le coupable doit une réparation pleine et entière du préjudice causé, c'est-à-dire la valeur de la chose endommagée et tous autres dommages et intérêts⁽²⁴⁾. Ensuite, il doit payer une peine, qui se détermine ici d'après un procédé particulier : elle consiste dans la plus value que pouvait présenter la chose endommagée dans le mois antérieur au délit ; telle était la disposition du troisième chapitre de la loi Aquilia⁽²⁵⁾ ; mais le premier permettait de remonter jusqu'à un an en cas de mort d'esclaves ou de bestiaux (*quadrupes pecus*), à cause de l'importance de ce dommage⁽²⁶⁾ ; le troisième chapitre contenait ainsi la règle générale sur la réparation du dommage illicite, tandis que le premier, comme le second, se référait à un cas spécial. En résumé, la loi Aquilia obligeait l'auteur du dommage à payer, à titre de réparation et de peine, la plus haute valeur que la chose endommagée avait atteinte dans le mois ou dans l'année avant le délit ; on considérait l'année s'il s'agissait du dommage résultant de la mort d'esclaves ou de bestiaux⁽²⁷⁾. Cette plus haute valeur faisait l'objet de l'action Aquilienne, qui est par conséquent mixte⁽²⁸⁾.

2^o Originairement, une seule personne avait qualité pour agir en réparation d'un dommage injuste, c'était le propriétaire de la chose endommagée⁽²⁹⁾ ; il en résultait que des lésions corporelles subies par un homme libre, voire même sa mort, ne tombaient pas sous l'application de la loi Aquilienne, car les membres d'un homme libre ne font l'objet d'aucune propriété⁽³⁰⁾. Mais ici également on élargit la théorie légale, en ouvrant une action utile aux titulaires

(24) GAIUS, III, 212 ; § 10, l. h. t. ; L. 21, § 2, L. 22, L. 25, pr., L. 29, § 5 i. f., L. 55, pr., L. 57, § 1, D. h. t.

(25) GAIUS, III, 217-218 ; § 13, 14 i. f. et 15, l. h. t. ; L. 27, § 5, L. 29, § 8, D. h. t.

(26) GAIUS, III, 210 et 214 ; pr., § 1 et 9, l. h. t. ; L. 2, pr., L. 21, pr. et § 1 initio, D. h. t.

(27) GAIUS, III, 210, 217 initio et 218 initio ; pr., § 15 initio et 14 i. f., l. h. t. ; L. 2, pr., L. 27, § 5, D. h. t.

(28) § 19, l. de action. 4, 6, ^{vis} Sed et legis Aquilæ divisionem. — Voyez encore § 19, ^{vis} si adversus infirmum in duplum agatur, § 25 initio et § 26, ^{vis} at illæ duplicatur, l. de action. 4, 6 ; L. 2, § 1, L. 25, § 10, D. h. t. ; L. 4, cf. L. 5, C. h. t.

(29) L. 11, § 6 et 9, L. 27, § 5 i. f., cf. L. 15, § 2, L. 45, D. h. t.

(30) Arg. l. 15, pr., D. h. t.

d'un droit réel sur la chose endommagée⁽⁵¹⁾, et une action *in factum* au possesseur de bonne foi⁽⁵²⁾; dès lors, on accorda aussi une action Aquilienne utile pour des lésions corporelles subies par un homme libre, soit à ce dernier⁽⁵³⁾ ou à son chef de famille⁽⁵⁴⁾, soit en cas de décès à ses héritiers⁽⁵⁵⁾, à l'effet d'obtenir le paiement des frais de traitement et des autres dommages et intérêts appréciables en argent⁽⁵⁶⁾.

On comprend que si le fait dommageable réunit les conditions d'un autre délit, l'action Aquilienne concourt avec l'action naissant de ce délit⁽⁵⁷⁾; il existe en outre plusieurs dispositions spéciales pour certains dommages extraordinaires⁽⁵⁸⁾.

§ 278. De l'injure.

I. de injuriis 4, 4; D. de injuriis et famosis libellis 47, 10; C. de injuriis 9, 33.

WEBER. *Ueber Injurien und Schmähschriften*. Leipzig, 1820 (4^{me} édition; 1^{re} de 1793).

WALTER. *Neues Archiv des Criminalrechtes* IV, p. 108-140 et 241-308.

ZIMMERMANN. *De injuriis ex jure Romanorum*. Berlin, 1833.

MITTERMAIER. *Weiske's Rechtslexikon* V, p. 863-904 (1844).

I. *Notion et conditions*. Si dans une acception large on peut qualifier d'injure (*injuria, id est non jure factum*) tout acte illicite⁽¹⁾, dans le sens propre et technique l'injure désigne les actes illicites par lesquels on s'attaque méchamment à la personnalité d'autrui⁽²⁾. De là les trois caractères suivants de l'injure :

(51) L. 11, § 10, D. h. t.; L. 17, § 5, D. de usufr. 7, 1.

(52) L. 11, § 8, cf. § 9, D. h. t. — (53) L. 13, pr., D. h. t.

(54) L. 5, § 3, L. 6, L. 7, pr., D. h. t. — (55) Arg. L. 7, pr., D. cit.

(56) L. 7, pr., D. cit.; L. 7, D. de his, qui effud. vel dejec. 9, 3.

(57) L. 2, § 10 et 26, D. vi bonor. rapt. 47, 8; L. 1, § 1, D. de priv. del. 47, 1; L. 3, § 1, D. arbor. furtim cæs. 47, 7.

(58) D. eodem 47, 7. — L. 4, pr., § 1-3, et 11, D. vi bonor. rapt., et de turla 47, 8. — L. 2, pr., § 1-9, 12 et 13, D. eodem 47, 8. — D. de incendio, ruina, naufragio, rale, nave expugnata 47, 9; L. 18, C. de furt. 47, 2. — D. de sepulcro violato 47, 12; C. eodem 9, 19.

(1) *Collatio* II, 3, § 1; pr., I. h. t.; L. 3, § 1, D. ad leg. Aquil. 9, 2; L. 1, pr., D. h. t.

(2) Cf. *Collatio* II, 3, § 1, v^{us} specialiter alias contumelia, et § 5; pr., I. h. t., visdem v^{us}; L. 1, pr., D. h. t., v^{us} specialiter autem injuria dicitur contumelia.

1^o Elle suppose un acte injuste ou contraire au droit; *qui jure suo utitur neminem lædit*⁽⁵⁾.

2^o L'acte injuste doit impliquer une attaque contre la personnalité d'autrui. A cette catégorie appartiennent sans doute en première ligne les atteintes à l'honneur ou à la réputation d'autrui⁽⁴⁾; mais le droit romain leur assimile tous les attentats à la liberté individuelle, toute violation d'un droit naturel⁽⁵⁾, alors même qu'elle ne serait pas accompagnée d'une usurpation de la part de l'auteur de l'attentat⁽⁶⁾.

3^o Un caractère essentiel de l'injure est l'intention méchante (*animus injuriandi*)⁽⁷⁾, intention qui dans bien des cas résulte virtuellement de l'acte injurieux.

II. *Des diverses formes de l'injure.* 1^o L'injure peut se commettre par les actes les plus variés, par des voies de fait⁽⁸⁾, par des paroles⁽⁹⁾ ou des cris (*convicia*)⁽¹⁰⁾, enfin par l'écriture (*libelli famosi, carmina famosa*)⁽¹¹⁾.

2^o Nous pouvons être injuriés dans la personne de ceux qui nous touchent de près (injure dite indirecte); tels sont, à part les esclaves, la femme, la future, les enfants sous puissance et la bru⁽¹²⁾. Il y a plus : l'injure faite à un cadavre ou à un tombeau atteint les héritiers du défunt, et les autorise à exercer l'action d'injures⁽¹³⁾.

III. *Effets de l'injure.* 1^o La loi des Douze tables portait en règle générale contre l'injure la peine modique de vingt-cinq as⁽¹⁴⁾; elle

(5) L. 15, § 1, 2 et 6, L. 18, pr., L. 55, cf. L. 15, § 5, D. h. t.; Cf. *Collatio* II, 5, § 3.

(4) § 1, I. h. t., *vis sed et si*.....; L. 1, § 2 i. f., L. 9, § 4, L. 10, L. 11, § 9, L. 12, L. 15, § 2-4, 7, 8-15, L. 13, § 13, 20-25, 27, 29, 52 et 55, L. 20, L. 27, D. h. t.; L. 5, L. 9, C. h. t. — (5) L. 15, § 7, L. 25, L. 24, L. 44, D. h. t.; L. 16, D. de S. P. R. 8, 5.

(6) § 1 initio, I. h. t.; L. 1, § 2 initio, L. 15, § 7, L. 15, § 1 et 51, D. h. t.; L. 2, § 9, D. ne quid in loco publ. 45, 8; Cf. L. 15, pr., D. h. t.

(7) L. 5, § 2-4, L. 4, L. 44 i. f., D. h. t. — Cf. L. 18, § 5-5, D. h. t.

(8) PAUL, V, 4, § 1 initio et 4; L. 1, § 1 initio, D. h. t. — (9) L. 15, § 20-22, D. h. t.

(10) PAUL, V, 4, § 1 i. f.; L. 15, § 2-4, D. h. t.

(11) PAUL, V, 4, § 1 i. f. et 6; L. 5, § 9, L. 6, D. h. t.

(12) § 2-6, I. h. t.; L. 1, § 5, 8 et 9, L. 15, § 24, 54, 45 et 44, L. 18, § 2, L. 41, D. h. t.; L. 2, C. h. t.; PAUL, V, 4, § 3; Cf. L. 2, D. h. t. — (13) L. 1, § 4 et 6, L. 27, D. h. t.

(14) GAIUS, III, 223 i. f.; *Collatio* II, 3, § 3 initio; AULU-GELLE, XX, 1.

établissait ensuite des peines plus sévères pour certaines injures graves : pour la fracture d'un os cent cinquante ou trois cents as, suivant qu'il s'agissait d'esclaves ou d'hommes libres⁽¹⁵⁾, pour la rupture d'un membre la peine du talion⁽¹⁶⁾, et contre ceux qui composaient ou chantaient des chansons injurieuses, la mort par les verges⁽¹⁷⁾. Le préteur introduisit un système nouveau qui finit par refouler le précédent : il permit à l'injurié de réclamer une réparation pécuniaire proportionnée à la gravité de l'injure (*actio injuriarum aestimatoria*)⁽¹⁸⁾, et nos sources relèvent à cette occasion plusieurs circonstances aggravantes de l'injure (*injuriæ atroces*)⁽¹⁹⁾; l'action prétorienne offre ceci de particulier que le demandeur y est admis à fixer lui-même sous serment le montant du dommage éprouvé, sauf la faculté laissée au juge de modérer son estimation⁽²⁰⁾; c'est sans doute ce droit d'estimation accordé à l'injurié qui a fait ranger l'injure parmi les délits, et l'action d'injures parmi les actions pénales, bien qu'elle soit plutôt répersécutoire⁽²¹⁾.

2° Tout en donnant lieu à une condamnation pécuniaire, l'action d'injures tend principalement à une réparation morale, à la constatation de l'injure; les dommages et intérêts ne sont que l'accessoire; c'est, disent les Romains, une action qui respire la vengeance, *vindictam spirat*⁽²²⁾. De là résultent l'intransmissibilité de l'action

(15) GAIUS, III, 225 in medio; *Collatio* II, 5, § 3 i. f.; Cf. § 7 initio, I. h. t.

(16) GAIUS, III, 225 initio; FESTUS, v° *Talionis*; AULU-GELLE, XVI, 10; § 7 initio, I. h. t.

(17) CIC, *de republ.* IV, 10 (AUGUSTUS, *de civit. Dei* II, 9); *Tuscul.* IV, 2; FESTUS, v° *Occentassint*.

(18) § 7, I. h. t., v° *Sed postea prætores*.....; PAUL, V, 4, § 7; L. 13, § 2, 23 et 28, D. h. t.; Cf. GAIUS, III, 224, et *Collatio* II, 6, § 1.

(19) GAIUS, III, 225; PAUL, V, 4, § 10; § 9, I. h. t.; L. 7, § 7-8, L. 8, L. 9, pr., § 1-2, L. 17, § 3, D. h. t.; L. 4, C. h. t.

(20) § 7, I. h. t., v° *Sed postea prætores*..... *prout ei visum fuerit*; Cf. L. 11, § 1 initio, D. h. t.

(21) Sur l'action civile d'injures de la loi Cornelia, relative à certaines injures graves, voyez § 8, I. h. t., L. 5, pr., § 1-8, L. 57, § 1, D. h. t.; le juge y condamnait à des dommages et intérêts sans une estimation jurée de la part du demandeur (L. 57, § 1, D. h. t.).

(22) L. 2, § 4 in medio, D. *de collat.* 57, 6; L. 7, § 1, D. h. t., v° *at in actione injuriarum*..... *sarcitur*.

aux héritiers de l'injurié ou de l'auteur de l'injure⁽²⁵⁾, ainsi que son inaccessibilité⁽²⁴⁾; pareillement, l'action d'injures s'éteint par la réconciliation expresse⁽²⁵⁾ ou tacite⁽²⁶⁾ des parties.

Il va de soi que le fait d'injure peut constituer en même temps un autre délit, et à ce titre donner naissance à d'autres actions pénales ou répressives⁽²⁷⁾.

CHAPITRE IV. — DES QUASI-DÉLITS; § 279.

I. de obligationibus, quæ quasi ex delicto nascuntur 4, 5.

Si les quasi-contrats imitent les contrats, les quasi-délits de leur côté imitent les délits; la dernière analogie est même telle en droit romain qu'il est impossible de trouver une différence entre les délits et les quasi-délits; cette différence n'existe point. On ne peut dire, comme dans notre législation moderne, que le délit seul entraîne une peine⁽¹⁾, puisque la plupart des quasi-délits en sont également frappés⁽²⁾; ce n'est pas davantage le dol qui caractérise le délit, et la simple faute le quasi-délit, car le délit le plus important, le dommage illicite, ne requiert pas le dol⁽³⁾, et un fait éminemment dolo, la corruption du juge, est un quasi-délit⁽⁴⁾. Dès lors les quasi-délits du droit romain doivent être considérés comme des délits véritables; Justinien a maladroitement séparé des délits certaines espèces pour les ériger en quasi-délits; son système manque de fondement⁽⁵⁾. Les quasi-délits de la législation de Justinien sont surtout les six suivants :

1° Celui qui tient des animaux dangereux sur la voie publique,

(25) GAUS, IV, 112 i. f.; § 1, *l. de perpet. et tempor. act.* 4, 12, v^o *Est enim..... excepta injuriarum actione*; L. 13, pr., L. 28, D. h. t.; L. 1, pr. et § 1, D. *de priv. del.* 47, 1.

(24) Arg. des textes des notes 22 et 25, et de la L. 52, pr., D. *ad leg. Falc.* 53, 2.

(25) L. 11, § 1 i. f., D. h. t. — (26) L. 17, § 6, L. 11, § 1 initio, D. h. t.; § 12, 1. h. t.

(27) L. 15, § 46, L. 25, D. h. t.

(1) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge* nos 226-227. Gand, 1869.

(2) Voyez les nos 1 à 5 du présent paragraphe.

(3) L. 44, pr., D. *ad leg. Aquil.* 9, 2. — T. II, § 277, II, B.

(4) Voyez le n° 6 et la note 18 de ce paragraphe.

(5) Voyez cependant des observations judicieuses dans PUCHTA, *Instit.* III, § 277 i. f.

répond du dommage causé par ces animaux : en général il doit le double du préjudice causé, si un homme libre a été tué deux cents solidus (5,000 fr.), et de simples dommages et intérêts pour d'autres lésions corporelles ; dans le second cas l'action est populaire⁽⁶⁾.

2° Lorsque d'une maison il est jeté sur la voie publique des choses qui par leur chute causent un dommage à un passant, l'habitant de la maison ou de l'appartement d'où les choses ont été jetées, est tenu, en sa seule qualité d'habitant et en dehors d'une culpabilité directe, de payer en règle générale le double des dommages et intérêts⁽⁷⁾, cinquante solidus (750 fr.) pour la mort d'un homme libre⁽⁸⁾, et des dommages et intérêts simples pour d'autres lésions corporelles⁽⁹⁾ ; de là l'action *de effusis vel dejectis* ; dans la seconde hypothèse elle est ouverte comme action populaire à tout citoyen⁽¹⁰⁾, et dans la troisième elle acquiert le même caractère par l'inaction du principal intéressé⁽¹¹⁾. Mais si l'habitant n'est pas l'auteur du jet, il peut exercer son recours contre le coupable par une action *in factum*⁽¹²⁾.

3° Si un objet posé ou suspendu du côté de la voie publique l'est de telle façon qu'il peut tomber, et par sa chute causer un préjudice aux passants, la simple possibilité du dommage soumet l'habitant de la maison ou de l'appartement qui s'est rendu coupable de l'imprudence ou qui l'a laissé commettre, à une peine de dix solidus (150 fr.) ; cette peine fait l'objet d'une action populaire *de positis vel suspensis*⁽¹³⁾.

(6) PAUL, I, 13, § 2 ; § 1, *vis Ceterum sciendum..... dupli, l. si q. p. f. d. 4, 9 ; L. 40, § 1, L. 41, L. 42, D. de aedil. ed. 21, 1 ; Voyez encore L. 11, D. de extraord. crim. 47, 11. — Cf. § 1, l. cit., *vis Præter has autem.....**

(7) § 1, l. 1 *h. t.*, *vis Item is..... ont liberi, et vis De eo vero..... est actio ; L. 1, pr. initio, § 1-4, D. de his, qui effud. v. dejec. 9, 5.*

(8) § 1, l. 1 *h. t.*, *vis O' hominem vero liberum occisum quinquaginta aureorum pæna constituitur ; L. 1, pr. in medio et § 5, D. de his, qui effud. v. dejec. 9, 5.*

(9) § 1, l. 1 *h. t.*, *vis si vero vivat..... ; L. 1, pr. i. f. et § 6, L. 7, D. cod. 9, 5.*

(10) L. 5, § 5, D. cod., *vis nam est..... popularis..... contingit.*

(11) Arg. L. 5, § 5, D. cod., *vis Sed si liber..... erit actio.* — Voyez encore L. 1, § 10, l. 2-4, D. cod. — L. 5, § 3, D. cod. — L. 6, § 3, D. cod. — (12) L. 5, § 4, D. cod.

(13) § 1, l. 1 *h. t.*, *vis Cr-i similis est..... constituta est ; L. 5, § 6-11 et 15, D. de his, qui effud. v. dejec. 9, 5.*

4° L'aubergiste et les personnes qui lui sont assimilées, doivent, dans le cas où leurs gens sont les auteurs du vol ou de l'endommagement des effets du voyageur, réparer au double le préjudice causé ; ils sont soumis à cette fin à l'action *in factum de recepto* (14).

5° De même les publicains répondaient au double du dommage causé par leurs employés (15), à moins de représenter le coupable (16), ou la chose enlevée (17).

6° Enfin, le juge qui par dol ou faute lourde prononçait contre l'un des plaideurs, était tenu de lui payer à titre de dommages et intérêts la valeur du litige ; par suite de cette obligation, les Romains avaient raison de dire que le juge coupable faisait le procès sien : *litem suam facit* (18). Les arpenteurs (*agrimensores*) étaient soumis à une responsabilité analogue en cas de faux mesurage (19).

CHAPITRE V. — DES OBLIGATIONS LÉGALES.

§ 280. Aperçu de ces obligations.

Les principales obligations légales sont :

- 1° De fournir caution dans une foule de circonstances (1).
- 2° De payer des intérêts dans des cas non moins nombreux (2).
- 3° De fournir des aliments à ses descendants et ascendants (3).
- 4° De constituer une dot dans certains cas (4).
- 5° De s'abstenir d'un nouvel œuvre (5).

(14) § 5, l. h. l.; L. 7, § 1 et 6 initio, D. *nautæ, culp., stabul. ut rec. restit.* 4, 9; L. un., pr., § 1-2, D. *furti adv. naut.* 47, 5. — T. II, § 272, 5°.

(15) L. 1, pr., § 1-5 et 5, L. 5, § 1, L. 5, § 1, L. 12, L. 15, pr. et § 1, D. *de public.* 59, 4.

(16) L. 1, pr. i. f. et § 6, L. 2, L. 5, pr. initio et § 2, L. 12, § 1, D. *ead.*

(17) L. 1, pr. initio et § 4, L. 5, pr., D. *ead.*

(18) Pr., l. h. l.; L. 5, § 4, D. *de O. et A.* 44, 7; L. 6, D. *de extraord. cognit., et si iudex litem suam fecisse dicatur* 50, 15; Cf. L. 15, § 1, D. *de jud.* 5, 1.

(19) L. 1, pr. et § 1, L. 5, § 5, L. 4, L. 5, § 2, L. 6, pr., § 1-2, cf. L. 2, § 2-5, D. *si mensur falsum modum dixerit* 11, 6. — Voyez encore L. 6, § 5-4, D. *ead.*

(1) T. I, § 51, I, 2°; § 145, I; § 125, II et 151, II. — T. II, § 562, III, 4°; § 599, et ci-après § 281. — (2) T. I, § 172, III, B. — (3) T. II, § 299, I. — (4) T. II, § 294, I, 1°.

(5) *Infra* § 282.

6° D'exhiber des personnes ou des choses (6).

7° D'enterrer un mort (7).

8° De déposer en justice (8).

9° D'exécuter certaines pollicitations (9).

§ 281. De la cautio damni infecti.

D. de damno infecto et de suggrundis et protectionibus 39, 2.

Hesse. *Die Cautio damni infecti*. Leipzig, 1858. — *Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn* 1, p. 1 sq. Eisenbourg, 1859.

Gnon. *Ueber die Kaution wegen zukünftigen Schadens*. Munich, 1834.

1° Le droit romain n'admettait point la responsabilité du propriétaire par rapport au préjudice causé par sa chose ; cette responsabilité il ne l'avait consacrée que pour les animaux agissant sous l'impulsion d'un défaut, et encore sous la réserve de l'abandon noxal ; il était impossible d'appliquer cette théorie aux êtres inanimés (1). C'est ainsi que le propriétaire d'un bâtiment n'avait pas l'obligation d'indemniser son voisin du dommage causé par la chute du bâtiment (2) ; le seul droit du voisin consistait à pouvoir retenir les débris de la construction tombés chez lui, jusqu'à ce qu'il eût été indemnisé (3). Mais le prêteur vint à son secours, en l'autorisant à exiger à l'avance du maître du bâtiment ruineux la promesse de réparer éventuellement le dommage qui résulterait de l'écroulement de l'édifice (*damnum infectum, id est damnum nondum factum, sed impendens*) (4) ; cette promesse est précisément la *cautio damni infecti* (5) ; elle doit être accompagnée d'une garantie réelle si le voisin n'est pas propriétaire de la maison ruineuse (6) ; mais elle ne se fait que pour

(6) § 283. — (7) § 284. — (8) § 285. — (9) § 286.

(1) L. 3, § 2, D. *ad leg. Aquil.* 9, 2, *v^{is} aut si tegula ceciderit* ; L. 7, § 1, D. *h. t.*

(2) L. 6 *initio*, L. 7, § 1, L. 44, *pr. initio*, D. *h. t.*

(3) L. 7, § 2, *v^{is} Unde queritur..... eum debere*, L. 9, § 3, D. *h. t.* ; L. 5, § 4, D. *ad exhib.* 10, 4 ; L. 8, D. *de inc.* 47, 9.

(4) PAUL, V, 10, § 1 ; L. 2, D. *h. t.*

(5) L. 7, *pr.*, *v^{is} Prætor ait..... statuero*, D. *h. t.* ; PAUL, V, 10, § 1 ; Cf. L. 1, D. *h. t.*

(6) PAUL, V, 10, § 1 ; L. 7, *pr.*, *v^{is} Prætor ait..... satisdari jubebo*, L. 9, § 4-5, L. 10, L. 11, L. 15, *pr. et* § 1, *cf.* § 3, D. *h. t.*

un temps déterminé⁽⁷⁾, passé lequel elle cesse d'être efficace, à moins d'avoir été renouvelée⁽⁸⁾. De cette manière nous sommes pleinement garantis contre le dommage qui nous menace, car, le cas échéant, nous exercerons l'action *ex stipulatu* ou toute autre action résultant de la caution⁽⁹⁾. Mais alors même que la caution n'a pas été demandée à l'avance, quand aucune faute ne peut nous être reprochée à cet égard, nous pouvons encore la réclamer après la chute du bâtiment, si le voisin ne préfère nous abandonner la maison tout entière; en ce sens, la législation romaine reconnaît une responsabilité directe pour le propriétaire du bâtiment ruineux, sauf son droit d'abandon de la maison, comme à l'occasion des dommages causés par les animaux⁽¹⁰⁾.

2° Quand le propriétaire du bâtiment ruineux se refuse à fournir la caution, le prêteur s'efforce de l'y déterminer, en accordant l'envoi en possession du bâtiment⁽¹¹⁾, avec un droit d'hypothèque⁽¹²⁾, mais sans possession juridique⁽¹³⁾ (*missio in possessionem ex primo decreto*). Si ce moyen de coercition n'atteint pas son but, le prêteur clôt le débat d'une façon définitive, en rendant un second décret qui fait succéder à tous les droits du voisin sur la maison ruineuse (*missio in possessionem ex secundo decreto*)⁽¹⁴⁾.

3° Le droit de demander la caution appartient à tout intéressé⁽¹⁵⁾, et s'il y a plusieurs intéressés, à chacun dans la mesure de son intérêt⁽¹⁶⁾. D'un autre côté, la caution est due par le propriétaire,

(7) L. 7, pr., *vi in eam diem, quam causa cognita statuero*, L. 13, § 13, L. 14, cf. L. 13, § 1, D. h. t. — (8) L. 4, pr., L. 13, pr., D. h. t.; L. 4, D. de stipul. præt. 46, 5.

(9) L. 13, § 1 initio, L. 18, § 16, D. h. t.; L. 28, L. 29, L. 37, ebn. avec L. 18, § 5, L. 24, § 5-8, L. 40, pr., D. h. t.

(10) L. 9, pr., L. 8, cf. L. 7, § 2, *vi quodsi dominus ædium.....*, D. h. t.; Voyez encore L. 13, § 28 et L. 44, pr. i. f., D. h. t.

(11) L. 7, pr., *vi Eun, cui ita..... ire*, et *vi In eum, qui..... cautum fuisset*, L. 13, § 36, cf. L. 16, D. h. t. — (12) L. 26, D. de P. A. 15, 7; L. 2, C. de præd. pign. 8, 22.

(13) L. 3, § 25, D. de A. v. A. P. 41, 2.

(14) L. 7, pr., *vi et cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo*, § 17 et 33, L. 44, § 1 initio, D. h. t.; Cf. L. 5, pr., L. 12, L. 13, § 16, 26 et 27, L. 18, § 13, D. h. t.

(15) L. 18, pr., D. h. t.; L. 13, § 3, 6 et 8, L. 19, pr., L. 39, § 2, cf. L. 13, § 9, D. h. t.

(16) L. 3, § 2, L. 27 initio, cf. L. 40, § 4, D. h. t.

le possesseur de bonne foi⁽¹⁷⁾ et par quiconque a un droit réel sur la maison ruineuse⁽¹⁸⁾; plusieurs propriétaires sont tenus pour leur part et portion⁽¹⁹⁾.

Ce système de responsabilité *sui generis*, du chef de la ruine d'une maison, a été étendu par voie d'analogie aux plantations⁽²⁰⁾ et autres travaux du voisin qui sont de nature à menacer d'un dommage⁽²¹⁾.

§ 282. Du nouvel œuvre.

D. de operis novi nuntiatione 59, 1 (h. t.¹), quod vi aut clam 45, 24 (h. t.²), et de remissionibus 45, 25 (h. t.³). — C. de novi operis nuntiatione 8, 11.

REINHARDT. *Ausführliche Erläuterung des Pandekten Titels de operis novi nuntiatione*. Stuttgart, 1820.

HASSE. *Rheinisches Museum* III, p. 579-650, et IV, p. 1-31 (1829-1830).

WIEDERHOLD. *Das interdictum uti possidetis und die operis novi nuntiatio* p. 65 sq. Hanau, 1851.

POLIS. *De operis novi nuntiatione*. Utrecht, 1833.

HESSE. *Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn* II, p. 62 sq. Eisenbourg, 1861. — *Das Einspruchsrecht gegen Baununternehmer oder das interdictum Quod vi aut clam und die operis novi nuntiatio*. Leipzig, 1866.

STÖLZEL. *Die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam*. Cassel, 1863.

LIMACHER. *Ueber das interdictum quod vi aut clam*. Zurich, 1863.

Séparons soigneusement deux hypothèses.

I. Quiconque a droit, en vertu d'un titre quelconque, à la jouissance d'un fonds⁽¹⁾, peut s'opposer aux ouvrages inhérents au sol⁽²⁾ que d'autres voudraient élever sur ce fonds. Une telle opposition met

(17) L. 13, pr., D. h. t. — (18) L. 9, § 4 initio et § initio, L. 11 initio, D. h. t.

(19) L. 27 i. f., L. 40, § 3, D. h. t. — (20) L. 24, § 9, D. h. t.

(21) Rubrique D. h. t., vi^a et de angustis et protectionibus; L. 7, pr., vi^a De eo opere..... satisdari jubebo, L. 24, pr., § 2, 4, 7 et 12, D. h. t.; L. 27, § 10 i. f., D. ad leg. Aquil. 9, 2; L. 17, § 2 i. f., D. si serv. vindic. 8, 3; L. 18 i. f., L. 29, D. de S. P. U. 8, 2.

(1) L. 11, § 14, L. 12, L. 13, pr. et § 4, L. 16, pr. et § 1, L. 17, L. 19, D. h. t.²; Cf. L. 3, pr., D. eod.

(2) L. 1, § 4, L. 7, § 6-9, L. 8, L. 9, L. 10, L. 11, pr., L. 20, § 4, L. 22, pr. et § 4, D. eod.; Cf. L. 7, § 7, L. 18, pr., L. 22, § 3, D. eod.

l'adversaire en demeure d'établir qu'il a le droit d'élever l'ouvrage, et à cette fin il a besoin d'exercer les actions sur lesquelles il fonde ledit droit⁽⁵⁾; néanmoins, comme l'opposition renferme une contestation de sa possession, il pourrait déjà la faire tomber en exerçant l'interdit *uti possidetis*⁽⁴⁾; pour ce motif, l'opposition n'est vraiment utile que si le tiers ne possède point, sinon il y a plutôt lieu à la dénonciation du nouvel œuvre, dont il sera question tantôt⁽³⁾. Mais si le tiers ne tient pas compte de notre opposition, et qu'il se fasse justice à lui-même en continuant l'ouvrage, nous pouvons agir contre lui par l'interdit *quod vi*⁽⁶⁾; nous obtiendrons ainsi le rétablissement de l'état de choses antérieur⁽⁷⁾, le cas échéant avec des dommages et intérêts⁽⁸⁾, sur la simple preuve de notre intérêt et de notre opposition méconnue⁽⁹⁾. Au reste, l'opposition a de l'effet non-seulement vis-à-vis de l'auteur des travaux, mais aussi à l'égard de ses successeurs universels⁽¹⁰⁾ ou particuliers⁽¹¹⁾, en ce sens du moins que les uns et les autres doivent permettre au demandeur de démolir l'ouvrage à ses frais, et que les héritiers sont passibles en outre de dommages et intérêts jusqu'à concurrence de ce dont ils se sont enrichis. Au cas dont nous venons de parler est assimilé cet autre, où un tiers a construit clandestinement un ouvrage à raison duquel il devait s'attendre à une défense de notre part, si nous avons été informés de son projet, car la loyauté lui commandait de nous avertir; il est passible de l'interdit *quod clam*⁽¹²⁾. Ce que l'on appelle l'interdit *quod vi aut clam* comprend donc deux interdits.

II. Toute différente est l'hypothèse où l'ouvrage est élevé non

(3) L. 133, § 1, D. de R. J. 30, 17; Cf. L. 3, § 5-6, D. h. t.².

(4) L. 3, § 2, D. uti possid. 45, 17; L. 52, § 1, D. de A. v. A. P. 41, 2; L. 8, § 3 i. f., D. si serv. vindic. 8, 3. — (5) L. 3, § 10, D. h. t.¹.

(6) L. 75, § 2 initio, D. de R. J. 30, 17; L. 1, § 3-9, L. 3, § 1, L. 20, pr., D. h. t.².

(7) L. 1, pr. et § 1, L. 13, § 7, cf. L. 13, § 8 et 10, et L. 21, § 3, D. h. t.².

(8) L. 13, § 7, 9 et 11, L. 11, § 4, cf. L. 13, § 12, D. h. t.².

(9) L. 1, § 2-3, L. 13, § 3, cf. L. 5, § 3-4, L. 7, § 3-4, L. 22, § 2, D. h. t.².

(10) L. 13, § 3, L. 3, § 9, D. eod.

(11) L. 16, § 2 i. f., cf. L. 7, pr., L. 11, § 6, L. 13, § 7, L. 13, § 1, D. h. t.².

(12) L. 1, pr., L. 3, § 7-8, L. 4, L. 5, pr., § 1-7, L. 18, § 1, L. 22, § 5, D. eod.; L. 75, § 2 i. f., D. de R. J. 30, 17.

pas sur un immeuble dont nous avons la jouissance, mais par un voisin sur son propre héritage⁽¹⁵⁾. A la vérité, ici encore nous avons sous certaines conditions le droit de nous opposer à l'ouvrage projeté, au moyen d'une protestation connue sous le nom de dénonciation du nouvel œuvre⁽¹⁶⁾; cette dénonciation oblige aussi le voisin à suspendre provisoirement la construction, sinon il est soumis à l'interdit *demolitorium*, qui a le même caractère et les mêmes effets que l'interdit *quod vi aut clam*⁽¹⁷⁾. Mais les circonstances spéciales dans lesquelles se fait la dénonciation du nouvel œuvre, ont provoqué plusieurs différences avec la théorie précédente :

1° Le droit de dénoncer s'applique exclusivement aux bâtisses⁽¹⁸⁾, et suppose que celles-ci nous menacent d'un dommage⁽¹⁹⁾.

2° Peuvent seuls dénoncer le propriétaire de l'héritage menacé⁽¹⁸⁾, le possesseur de bonne foi⁽¹⁹⁾ et les titulaires de droits réels⁽²⁰⁾.

3° La différence capitale entre notre espèce et la précédente est que le dénonçant doit, aussitôt après avoir dénoncé, agir au pétitoire par les actions confessoire ou négatoire, afin d'y prouver le fondement de son opposition⁽²¹⁾; ainsi s'explique l'adage romain que la dénonciation fait considérer le dénoncé comme possesseur⁽²²⁾. Si le dénonçant obtient gain de cause au pétitoire, la dénonciation produit tous ses effets; elle tombe au contraire s'il échoue dans cette poursuite. Mais le dénoncé dispose de deux autres moyens pour annuler provisoirement l'opposition, pour ne pas parler du cas où le dénonçant renonce spontanément au bénéfice de sa dénonciation⁽²³⁾:

(15) L. 3, § 10, D. h. t.¹, et surtout les mots *At si in suo erit necessaria*.

(16) L. 1, § 1 initio, § 2-3 et 16, L. 3, § 2, L. 8, § 1, D. eod.

(17) L. 1, pr. initio et § 7, L. 20, pr., § 1, 3, 4, 6 i. f., 10 et 11, D. h. t.¹. — Voyez encore L. 8, § 7, L. 10 initio, L. 20, § 8, L. 22-23, D. eod.

(18) L. 1, § 12 et 11, D. h. t.¹.

(19) L. 1, § 11 et 17, L. 3, § 8-9, cf. L. 1, § 13 et 18, D. eod. — Voyez encore L. 3, § 11-13, D. eod. — (18) L. 1, § 19, cf. L. 3, § 4, L. 4, D. h. t.¹; L. un., § 3, D. h. t.².

(19) Arg. L. 3, § 3, D. h. t.¹.

(20) L. 1, § 20, L. 3, § 3, D. h. t.¹; L. un., § 3-3, D. h. t.²; Cf. L. un., § 3 in medio, D. h. t.²; L. 2, D. h. t.¹.

(21) L. 19, D. h. t.¹. — (22) L. 1, § 6, L. 3, § 10 in medio, D. eod.

(23) L. 1, § 10, D. h. t.¹; L. 7, § 14, D. de pact. 2, 14, ebn. avec L. 3, § 8, D. de rivis 43, 21, et L. 3, § 11-13, D. h. t.¹.

il peut d'abord obtenir de la justice la main-levée de la dénonciation⁽¹⁾ (*remissio*), en mettant le dénonçant en demeure de prouver qu'il se trouve dans toutes les conditions voulues pour dénoncer l'ouvrage dont il s'agit⁽²⁴⁾, abstraction faite du point de savoir si l'opposition est légitime au fond⁽²⁵⁾; en second lieu, si le procès au pétitoire se prolonge au delà de trois mois⁽²⁶⁾, le dénoncé est admis à continuer la bâtisse, en promettant sous caution réelle⁽²⁷⁾ de démolir dans l'éventualité où son adversaire obtiendrait gain de cause⁽²⁸⁾.

§ 283. De l'obligation d'exhiber.

D. 10, 4, et C. 3, 42 *ad exhibendum*.

EINERT. *Tractatus de actione ad exhibendum*. Leipzig, 1816.

MITTERMAIER (M.). *Ueber die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden*. Heidelberg, 1853.

BÜHLER. *Die actio ad exhibendum*. Leipzig, 1839.

1° L'obligation d'exhiber a pour objet la représentation d'une personne ou d'une chose, afin de pouvoir en prendre inspection⁽¹⁾. En général, la faculté d'exiger cette représentation suppose un droit par rapport à la personne ou la chose dont on poursuit l'exhibition⁽²⁾; mais s'il s'agit de titres, la représentation en est due à toute personne en vue de laquelle le titre a été fait⁽³⁾; de plus, en justice, chaque plaideur est en droit de sommer son adversaire de produire dès le principe tous les documents qu'il compte invoquer

(24) L. un., pr., § 1-2, D. h. t.³; L. 16, D. h. t.¹; Cf. L. 3, § 19, D. *cod.* — Voyez encore L. 3, § 18, L. 13, pr. et § 2, D. *cod.*, ainsi que la loi 3, § 14, D. *cod.*

(25) L. 19, D. h. t.¹. — (26) L. un., C. h. t.

(27) L. un., § 2 i. f., D. h. t.³; L. 8, § 2, L. 20, § 12, L. 21, § 1 initio, D. h. t.¹; L. 1, § 6, D. *de stipul. præst.* 46, 5, cbn. avec L. 8, § 3, D. h. t.¹.

(28) L. un., § 2 i. f., D. h. t.³; L. 3, § 17, L. 8, § 2 et 4, L. 12, L. 21, pr., § 1-2, cbn. avec L. 20, § 9-16, D. h. t.¹.

(1) L. 2, L. 9, § 3, D. h. t.; L. 3, § 8, D. *de tab. exhib.* 43, 5; L. 3, § 8, D. *de hom. lib. exhib.* 43, 29; L. 22, L. 246, D. *de V. S.* 30, 16. — (2) L. 3, § 9, L. 13, L. 19, D. h. t.

(3) L. 5, § 14, D. h. t.; L. 4, pr. et § 1, L. 6, § 4, 3 et 8, cf. L. 6, § 2, D. *de edendo* 2, 13; L. 1, pr., § 1-2, L. 3, § 7, 8, 10 et 11, cbn. avec § 12-13, D. *de tab. exhib.* 43, 5.

dans le cours du procès⁽⁴⁾, et celui qui réclame le paiement d'une somme d'argent, peut même être contraint de produire ses livres de compte en faveur de son adversaire, car ces livres font preuve des paiements qui s'y trouvent accusés à la décharge du débiteur⁽⁵⁾. L'obligation d'exhiber donne naissance à l'action *ad exhibendum*⁽⁶⁾; à côté d'elle se placent une action *in factum* pour demander la représentation de titres⁽⁷⁾ et l'interdit spécial *de tabulis exhibendis* relatif à l'exhibition d'un testament⁽⁸⁾, puis les interdits *de liberis exhibendis*⁽⁹⁾, *de uxore exhibenda*⁽¹⁰⁾, *de liberto exhibendo*⁽¹¹⁾ et *de libero homine exhibendo*⁽¹²⁾; ce dernier interdit appartient comme action populaire à tous les citoyens⁽¹³⁾. On comprend que la simple représentation d'une personne ou d'une chose ne soit guère le but final des demandes en exhibition; cette représentation n'est que préparatoire à une autre action, réelle⁽¹⁴⁾ ou personnelle⁽¹⁵⁾, le plus souvent à la revendication⁽¹⁶⁾: on veut tantôt s'assurer de l'identité ou de la qualité des choses dont on réclame l'exhibition⁽¹⁷⁾, tantôt obtenir la séparation de sa chose d'avec une autre, à laquelle elle se trouve jointe comme accessoire, afin de pouvoir la revendiquer⁽¹⁸⁾. Cependant, nous constaterons dans un instant que l'action *ad exhibendum*

(4) L. 1, § 3, D. de edendo 2, 15; L. 7 i. f., C. eod. 2, 1; Cf. L. 1, § 4, L. 11, D. eod.

(5) L. 5, L. 6, L. 8, C. de edendo 2, 1. — Cf. L. 2, § 2 et 1, D. de jure fisci 49, 14; L. 3, D. de edendo 2, 15, cbn. avec L. 43, § 3, D. de jure fisci 49, 14. — Mais voyez aussi L. 1, L. 4, C. de edendo 2, 1; L. 7, C. de test. 4, 20. — (6) L. 1, L. 3, § 3 et 9, D. h. t.

(7) L. 3, § 14, D. h. t.; L. 4, pr., L. 6, § 4, D. de edendo 2, 15.

(8) L. 3, § 8, D. h. t.; L. 1, pr., § 1-2, cf. L. 3, D. de tab. exhib. 43, 3; L. un., C. eod. 8, 7. — T. II, § 357^{bis}, I i. f.

(9) L. 1, pr., § 1-2, cf. L. 3, pr., § 1-2, D. de lib. exhib., item ducendis 43, 30; L. 1 i. f., L. 2, C. de lib. exhib. 8, 8.

(10) L. 2 cbn. avec L. 1, § 3, D. de lib. exhib. 43, 30; L. 11, C. de nupt. 3, 4; L. 3, C. de lib. exhib. seu de duc. 8, 8. — (11) Gaius, IV, 162; L. 2, § 1 i. f., D. de interdi. 43, 1.

(12) L. 2, § 1 i. f., D. cit.; L. 1-2, D. de hom. lib. exhib. 43, 29; L. 3, pr., D. eod., cbn. avec Paul, V, 6, § 14; C. de liberis... et de homine libero exhibendo 8, 8.

(13) L. 3, § 9, cf. § 11, 12, 13 et 10, D. de hom. lib. exhib. 43, 29.

(14) L. 3, § 3, 4 et 12, D. h. t. — (15) L. 3, § 3 et 7, L. 12, § 2, D. h. t.; L. 9, C. h. t.

(16) L. 1, L. 3, § 6, L. 7, § 1-2, D. h. t.

(17) L. 3, § 7, D. h. t.; L. 3, § 6 et 12, D. h. t.; L. 1, pr. et § 1, cbn. avec L. 3, pr. et § 1, D. de lib. exhib., item duc. 43, 30; Cf. L. 3, § 3-3, L. 9, § 1 in medio, et L. 13 i. f., D. h. t. — (18) L. 6 initio, L. 7, § 1-2, D. h. t.; L. 23, § 3 initio, D. de R. V. 6, 1.

forme quelquefois une action principale, tendant à obtenir des dommages et intérêts⁽¹⁹⁾.

2° L'obligation d'exhiber a un caractère réel, en ce sens qu'elle s'attache à la détention d'une chose, et suit cette chose entre les mains de tout tiers détenteur⁽²⁰⁾; le dol tient lieu de possession, conformément aux principes sur la possession fictive exposés à l'occasion de la revendication⁽²¹⁾. L'action *ad exhibendum* appartient par conséquent à la catégorie des actions personnelles dites *in rem scriptæ*.

3° Les actions en exhibition sont arbitraires. Le défendeur est d'abord mis en demeure de représenter la chose, par la voie d'un *arbitrium* du juge⁽²²⁾ qui peut lui accorder un délai à cette fin⁽²³⁾; si l'exhibition se fait, tout est dit⁽²⁴⁾; si le défendeur s'y refuse, le demandeur a la faculté de poursuivre l'exécution forcée de l'*arbitrium*, du moins dans la législation de Justinien⁽²⁵⁾. Mais il arrivera assez fréquemment que l'exhibition sera impossible par suite du dol ou de la faute du défendeur, surtout quand les choses dont l'exhibition est réclamée, ont été consommées, spécifiées, ou bien encore combinées avec d'autres sans qu'on puisse les séparer; dans ces cas il y aura lieu à des dommages et intérêts, et cette condamnation terminera définitivement le débat, en rendant inutile une action ultérieure⁽²⁶⁾.

(19) Voyez la fin de ce paragraphe.

(20) L. 3, § 13, L. 4, L. 5, pr., § 1-2, L. 8, cf. L. 3, § 4-6, L. 13, D. h. t.

(21) L. 3, § 2 i. f., L. 9, pr., § 2-4, L. 12, § 3, L. 14, D. h. t.; L. 3, C. h. t. — T. I, § 121, II, B.

(22) § 31, I. de action. 4, 6, v^o *ad exhibendum quoque*.; § 5 initio, I. de off. jud. 4, 17; L. 9, § 3-8, L. 10 initio, cf. L. 11, § 1, D. h. t.; L. 7, C. h. t.

(23) § 5 i. f., I. de off. jud. 4, 17; L. 12, § 3, D. h. t.

(24) L. 10 i. f., D. h. t.; Arg. § 3 i. f., I. de off. jud. 4, 17, et L. 9, § 6 i. f., D. h. t.

(25) Arg. L. 68, D. de R. V. 6, 1, et § 32, I. de action. 4, 6; Cf. L. 9 i. f., C. h. t. — T. II, § 377, II.

(26) § 31 initio, I. de action. 4, 6; § 5 i. f., I. de off. jud. 4, 17; L. 9, § 8, L. 11, pr., L. 12, § 5 et 4, D. h. t.; L. 11, § 2 i. f., D. de R. C. 12, 1; Cf. L. 5, § 2, L. 3, § 2, D. h. t. — T. I, § 100, 1^o i. f., et § 117, II, 1^o; T. II, § 233, I, A.

§ 284. *De l'obligation d'enterrer.*

D. de religiosis, et sumtibus funerum, et ut funus ducere liceat 11, 7;

C. de religiosis et sumtibus funerum 3, 44.

1° L'obligation d'enterrer une personne décédée est une charge naturelle de sa succession. C'est donc à ses héritiers qu'elle incombe, à chacun en proportion de sa part héréditaire⁽¹⁾; néanmoins, s'il s'agit de l'inhumation d'une femme mariée, celui qui profite de la dot de la défunte, est tenu de contribuer aux frais funéraires, eu égard à l'importance respective des biens dotaux et de la succession, car la dot est une espèce de patrimoine héréditaire laissé par la femme⁽²⁾; par voie de conséquence, si la succession est nulle, la dot supporte toute la charge de l'enterrement⁽³⁾. Subsidiairement, le droit romain impose les frais funéraires au père de famille⁽⁴⁾, ou, si la personne à enterrer est une femme mariée, à son mari⁽⁵⁾, dans les deux cas à raison de la seule qualité de l'obligé.

2° Comme sanction de l'obligation mise à la charge des personnes prémentionnées, un tiers quelconque est autorisé à faire l'inhumation à leur place, avec la certitude d'avoir toujours un recours contre elles. En effet, il dispose non-seulement de l'action de gestion d'affaires⁽⁶⁾, mais, quand cette action est rendue impossible parce que l'obligé s'est opposé à la gestion⁽⁷⁾, ou pour tout autre motif⁽⁸⁾, le prêteur lui ouvre un recours spécial par l'*actio funeraria*⁽⁹⁾, afin de se faire

(1) L. 12, § 4 i. f., L. 14, § 1, *vis satius est enim, de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi*, et § 13, *vis de suo enim expedit mortuos funerari*, L. 14, § 17, L. 13, D. h. t.; L. 3, C. h. t.; Cf. L. 12, § 4 initio, L. 14, § 2 et 14, D. h. t.

(2) L. 16, L. 18, L. 19, L. 20, § 1 initio, L. 22-26, L. 27, pr., L. 30, § 1, L. 32, § 1, D. h. t. — Voyez encore L. 17, L. 29, § 1, L. 30, pr., D. h. t., et PAUL, I, 21, § 11; Cf. L. 29, pr., D. h. t. — (3) L. 20, § 2, D. h. t.

(4) L. 21 cbn. avec L. 31, pr., D. h. t.; L. 20, § 1 i. f., L. 28 initio, D. eod.

(5) L. 28 i. f., D. cit. — Voyez encore L. 31, § 1, D. h. t.

(6) Arg. L. 3, C. h. t.; Cf. L. 14, § 12 et 13, *vis Qui mandatu..... sive debet*, et *vis Si autem pupillus.....*, D. h. t. — (7) L. 14, § 13, cbn. avec L. 1, D. h. t.

(8) L. 14, § 11 et 16, L. 32, pr., D. h. t.; L. 14, § 13, *vis Quod si pupillus..... ini- quum est*, D. h. t.

(9) L. 12, § 2-3, cbn. avec L. 14, § 17, L. 13-32, D. h. t.; PAUL, I, 21, § 10.

indemniser de ses débours⁽¹⁰⁾. La créance des frais funéraires est même privilégiée entre toutes les autres créances chirographaires (*privilegium exigendi*)⁽¹¹⁾.

§ 283. De l'obligation de déposer en justice.

D. 22, §, et C. 4, 20 de testibus.

1^o Cette obligation incombe indistinctement à tous les citoyens⁽¹⁾, alors même, depuis Justinien, qu'il s'agirait d'un procès civil⁽²⁾, sauf au plaideur qui cite le témoin, à l'indemniser⁽³⁾. Sont seuls dispensés de déposer, pour cause de parenté ou d'alliance avec les parties, les parents jusqu'au sixième degré⁽⁴⁾, les alliés en ligne directe, les époux et les fiancés⁽⁵⁾, puis du chef de leur profession, les personnes qu'elle astreint au secret, pour ce qu'elles savent à raison de leur profession⁽⁶⁾.

2^o La déposition judiciaire peut aussi être envisagée comme l'exercice d'un droit : ce droit appartient généralement à tous les citoyens⁽⁷⁾ ; il y a exception pour les témoins dits domestiques⁽⁸⁾, qui n'inspirent pas assez de confiance⁽⁹⁾, pour les mineurs de vingt ans⁽¹⁰⁾ et les infâmes⁽¹¹⁾ ; ces personnes ne peuvent déposer qu'à titre de renseignement⁽¹²⁾.

(10) L. 12, § 3, L. 57, pr., D. h. t. — Voyez encore L. 4, C. de petit. hered. 3, 51.

(11) PAUL, I, 21, § 13 ; L. 46, § 2 i. f., L. 43, L. 14, § 1, D. h. t. ; L. 17, pr., D. de R. A. J. P. 42, 5.

(1) L. 21, § 1, D. h. t. — (2) L. 16, pr. initio, cf. L. 19, C. h. t.

(3) L. 11, L. 16, § 1, C. h. t.

(4) et l'enfant d'un cousin issu de germain (*sobrinus a sobrino natus*) : L. 4 initio, D. h. t.

(5) PAUL, V, 13, § 2 ; L. 4 initio, L. 3, D. h. t. ; L. 10, pr. i. f., D. de grad. 58, 10 ; L. 156, L. 146, D. de V. S. 50, 16.

(6) L. 23, D. h. t. — Voyez encore L. 3, § 6, L. 4 i. f., L. 8, L. 19, D. h. t. ; L. 12 i. f., L. 16, pr. i. f., C. h. t. — (7) L. 1, § 1 i. f., L. 18, D. h. t.

(8) L. 3, C. h. t. ; L. 6, L. 8 initio, L. 12 initio, C. h. t. ; L. 9, L. 24, D. h. t. ; PAUL, V, 13, § 1 et 5 ; Cf. L. 16, D. de probat. 22, 5. — L. 10, D. h. t. ; L. 10, C. h. t.

(9) PAUL, V, 15, § 5 i. f. ; L. 6, D. h. t. — (10) L. 3, § 5 initio, L. 20 i. f., D. h. t.

(11) PAUL, V, 15, § 1 ; L. 3, § 3, vis quique judicio publico....., L. 13, pr., L. 18 initio, L. 21, pr., D. h. t. ; Cf. L. 20 initio, D. h. t. ; Nov. 90, c. 1. — Voyez encore L. 23, D. h. t.

(12) Arg. L. 13, D. h. t.

§ 286. *Des obligations naissant de certaines pollicitations.*

D. de pollicitationibus 50, 12.

Par dérogation à la règle qu'une promesse unilatérale est dépourvue de force obligatoire⁽¹⁾, la loi y attache une action dans trois cas où la promesse n'admet guère d'acceptation de la part de ceux auxquels elle s'adresse, et notamment :

1° Si la promesse s'est faite publiquement à tout le monde, en vue d'une éventualité déterminée, qui s'est réalisée⁽²⁾. Il y a plus : lorsque le promettant revient sur sa promesse avant la réalisation de l'éventualité prévue, il est juste qu'il indemnise les personnes auxquelles il a causé un dommage par sa promesse rétractée⁽³⁾.

2° Si la promesse s'adresse à l'État ou à une commune, pourvu qu'elle soit sérieuse ; on la considère comme telle quand elle est motivée par les circonstances⁽⁴⁾, ou qu'elle a déjà reçu un commencement d'exécution⁽⁵⁾. Encore dans la deuxième hypothèse permet-on par équité au promettant qui a subi des pertes depuis sa promesse, de se soustraire à la continuation de l'ouvrage par l'abandon d'un cinquième de ses biens à l'État ou à la commune⁽⁶⁾ ; ses héritiers ont le même droit si la succession ne suffit pas pour achever l'ouvrage, moyennant l'abandon d'un dixième ou d'un cinquième des biens héréditaires, selon qu'ils sont ou non descendants du promettant⁽⁷⁾.

3° Est valable aux yeux de la loi le vœu fait à la divinité⁽⁸⁾, vœu qui le plus souvent est subordonné à quelque événement ; en vertu d'une disposition spéciale, les fils de famille ne sont liés par

(1) PAUL, V, 12, § 9 (T. I, § 207, 1). — (2) Cf. L. 10, D. h. t.

(3) Cf. T. I, § 207, II, A, 2° i. f.

(4) L. 1, § 1, L. 4, L. 6, § 2, L. 7, L. 13, pr., L. 14 initio, cf. L. 11, D. h. t.

(5) L. 1, § 2-3, L. 3, § 1, L. 8, cf. L. 11, D. h. t. — (6) L. 9 i. f., D. h. t.

(7) L. 6, pr. initio, L. 9, v^o ob id vero rescripserunt, L. 14, v^o Sed si quis, L. 13, D. h. t. — SINTENIS, *Civilrecht* II, § 96, II, 1°, avec les notes.

(8) L. 2, pr., D. h. t.

leur vœu que s'ils l'ont fait avec l'autorisation de leur chef de famille⁽⁹⁾.

On cite encore comme obligatoire la simple pollicitation de la dot⁽¹⁰⁾; mais cette opinion est erronée⁽¹¹⁾.

(9) L. 2, § 1 i. f., D. h. t.; Cf. T. I, § 203, 2°. — Voyez encore L. 2, § 1 initio, D. h. t.

(10) Arg. L. 6, C. de dotis promiss. 3, 11, et L. 1 initio, C. de J. D. 3, 12.

(11) Arg. L. 4, C. Théod. de dot. 3, 15; L. 1, § 8, D. de dotis collat. 37, 7; L. 13, C. de J. D. 3, 12. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 493, note 2 i. f.

LIVRE QUATRIÈME.

DES DROITS PERSONNELS OU DE FAMILLE.

TITRE I.

DU MARIAGE.

I. *de nuptiis* 1, 10; D. *de ritu nuptiarum* 25, 2; C. *de nuptiis* 3, 4.

HARTITZSCH. *Handbuch des in Deutschland geltenden Eherechts*. Leipzig, 1828.

GITZLER. *Handbuch des gemeinen und preussischen Eherechts*. Breslau, 1840.

ROSSBACH. *Untersuchungen über die römische Ehe*. Stuttgart, 1855.

§ 287. *Notion et formes diverses du mariage.*

I. *Notion du mariage.* Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, en vue d'associer leurs existences : *matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens* (1). Ainsi, ce qui caractérise le mariage, c'est la communauté de vie entre époux (2) ; de là l'unité de condition, de domicile et de culte privé, constituant une *divini et humani juris communicatio* (3). L'on doit soigneusement séparer du mariage deux autres unions des sexes, le concubinat et le *contubernium*.

(1) § 1, I. *de patr. potest.* 1, 9.

(2) L. 1, D. *de act. rer. amot.* 25, 2, *vis societas vitæ* ; CIG., *de offic.* 1, 17 ; PLUTARQUE, *Quæst. Rom. princip.* 7. — (3) L. 1, D. *h. t.*

1° Le concubinat remonte vraisemblablement à la loi *Julia de adulteriis* portée sous Auguste⁽⁴⁾. En général il imite le mariage : comme ce dernier, il est contracté dans un esprit de perpétuité⁽⁵⁾, et repose sur le principe de la monogamie⁽⁶⁾ ; il exige aussi le plus souvent les mêmes conditions⁽⁷⁾ ; quant aux enfants de la concubine, ils sont moyennant une reconnaissance réputés appartenir à l'homme, vis-à-vis duquel ils jouissent d'un droit aux aliments⁽⁸⁾ et d'un droit limité de succession⁽⁹⁾, et ils peuvent être légitimés⁽¹⁰⁾ ; on les appelait de préférence *liberi naturales*⁽¹¹⁾. Mais dans le concubinat manque l'élément essentiel du mariage, la volonté commune de confondre deux destinées ; c'est l'inégalité qui y règne, la concubine n'est pas l'égale mais l'inférieure de l'homme⁽¹²⁾ ; aussi, à part une déclaration expresse, l'union des sexes n'était-elle considérée comme un concubinat, que si la femme avec laquelle on cohabitait, était de basse condition⁽¹³⁾. Par suite de ce caractère du concubinat, il n'y a pas entre l'homme et sa concubine unité de condition, de domicile et de culte privé⁽¹⁴⁾ ; les enfants de la concubine sont illégitimes, et suivent la condition de leur mère⁽¹⁵⁾.

2° De son côté le *contubernium* est l'union des esclaves, que telle soit la condition de l'homme et de la femme⁽¹⁶⁾ ou de l'un d'eux seulement⁽¹⁷⁾ ; en un certain sens, le *contubernium* est au concubinat ce que ce dernier est au mariage : le mariage se contracte entre personnes honnêtes, le concubinat avec une personne inférieure mais

(4) L. 34, pr., D. *ad leg. Jul. de adult.* 48, 3 ; Cf. L. 5, § 1, D. *de concub.* 23, 7. — Voyez encore L. 144, D. *de V. S.* 50, 16.

(5) Arg. PAUL, II, 20, § 1 i. f. ; L. 49, § 4, D. *de leg.* 5^o, 32 ; L. 144, D. *de V. S.* 50, 16.

(6) PAUL, II, 21, § 1 initio ; L. un., C. *de concub.* 3, 26.

(7) L. 1, § 3 et 4, L. 4, D. *de concub.* 23, 7 ; L. 36, D. *h. t.* ; Cf. L. 1, § 2, L. 5, D. *de concub.* 23, 7. — (8) Arg. Nov. 89, c. 12, § 6.

(9) Nov. 89, c. 12, § 4-6. — T. II, § 524, I, E, 1^o.

(10) § 15, I. *h. t.* ; L. 5, L. 9-11, C. *de natur. lib.* 5, 27 ; Nov. 74, c. 1, et Nov. 89, c. 9-10 (T. II, § 503). — (11) § 15, I. *h. t.* ; C. *de natur. lib.* 5, 27.

(12) PAUL, II, 20, § 1 i. f. ; L. 5, § 1 i. f., D. *de donat. inter V. et U.* 24, 1 ; L. 31, pr. i. f., D. *de donat.* 39, 3.

(13) L. 1, § 1, L. 3, pr., D. *de concub.* 23, 7 ; L. 24, L. 41, § 1, D. *h. t.*

(14) L. 49, § 4 i. f., D. *de leg.* 5^o, 32. — (15) L. 24, D. *de statu hom.* 1, 3.

(16) PLAUTE, *Casin. proleg.* v. 72 sq. — (17) GAIUS, I, 58 ; PAUL, II, 19, § 6.

libre, le *contubernium* avec une personne de condition servile. Cette union si abaissée n'est guère qu'un pur fait, étranger au droit et sans effet juridique⁽¹⁸⁾. La loi romaine se bornait à recommander la tolérance pour les unions d'esclaves⁽¹⁹⁾; encore, sans parler d'autres prohibitions⁽²⁰⁾, la femme libre ne pouvait-elle cohabiter avec ses propres esclaves en aucune façon⁽²¹⁾, et depuis le sénatus-consulte Claudien jusqu'à Justinien⁽²²⁾, avec les esclaves d'autrui seulement du gré du maître, sous peine d'être adjugée à ce dernier⁽²³⁾. Ce n'était qu'après l'affranchissement que la parenté servile produisait un certain droit de succession⁽²⁴⁾ et des empêchements de mariage⁽²⁵⁾.

II. *Des diverses espèces de mariages.* Il existait à cet égard deux importantes antithèses dans l'ancienne Rome; toutes deux se sont évanouies dans la législation de Justinien :

1° Le mariage était civil (*matrimonium juris civilis, justæ nuptiæ*) ou naturel (*matrimonium juris gentium, nuptiæ* tout simplement), selon que les époux jouissaient ou non du *connubium*⁽²⁶⁾; or, comme le *connubium* formait un privilège du citoyen romain⁽²⁷⁾, et que les étrangers n'en jouissaient qu'en vertu d'une concession⁽²⁸⁾ générale⁽²⁹⁾ ou spéciale⁽³⁰⁾, en fait le mariage civil était l'union romaine⁽³¹⁾, et le mariage naturel l'union étrangère, les deux époux ou l'un d'eux ayant la qualité d'étranger⁽³²⁾. Les effets du mariage du droit des gens dérivent de sa nature propre : le mariage était valable et pro-

(18) L. 23, pr., L. 24, C. *ad leg. Jul. de adult.* 9, 9; § 10 initio, l. *de grad. cognat.* 3, 6; L. 29, C. *de liber. causa* 7, 16. — (19) Arg. L. 35 i. f., D. *de ædil. ed.* 21, 1.

(20) L. 3, C. *de inc. nupt.* 3, 5.

(21) L. 4, C. Théod. *ad actum Claud.* 4, 11; Nov. d'Anthemius, tit. 1.

(22) § 1, l. *de success. sub. quæ sub. per bon. vendit. et ex secto Claud.* 3, 12; L. un., C. *de secto Claud. toll.* 7, 24.

(23) TACITE, *Ann.* XII, 53; GAIUS, I, 160 i. f.; ULPEN XI, 11; PAUL, II, 21^a.

(24) § 10, l. *de grad. cognat.* 3, 6, *vis Sed nostra constitutione...*; L. 4, C. *de bonis libert.* 6, 4. — (25) § 10, l. *h. t.*; L. 8, l. 14, § 2, D. *h. t.* — *Infra* § 289, II, A, 1^o.

(26) ULPEN, V, 2 initio et 3. — (27) ULPEN, V, 4 initio; pr. initio, l. *h. t.*

(28) ULPEN, V, 4 i. f.; GAIUS, I, 36 initio et 76 initio.

(29) TIT-LIVE, I, 26 et 49; DENYS D'Halic., VI, 1; GAIUS, I, 77 initio.

(30) GAIUS, I, 37 initio. — (31) GAIUS, I, 36 initio; pr. initio, l. *h. t.*

(32) Arg. GAIUS, I, 36-38.

duisait tous ses effets naturels, mais il était dépourvu d'effets civils. En conséquence les enfants étaient attribués au mari, par application de la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*⁽⁵⁵⁾, mais ils ne tombaient pas sous sa puissance, ils suivaient la condition de leur mère⁽⁵⁴⁾; puis, il y avait entre les époux un devoir légal, de fidélité conjugale⁽⁵⁵⁾, et des conventions matrimoniales étaient possibles, mais le régime dotal était exclu⁽⁵⁶⁾, et il n'existait pas de droit de succession entre époux⁽⁵⁷⁾. Cette duplicité du mariage a disparu par la promulgation de la constitution Antonine, qui accorda la cité romaine et avec elle le *connubium* à tous les habitants de l'empire⁽⁵⁸⁾; désormais tout mariage légitime fut civil⁽⁵⁹⁾.

2° De son côté l'ancien mariage civil était contracté avec ou sans *manus*⁽⁴⁰⁾. L'union sans *manus* constituait un mariage civil pleinement reconnu, mais la *manus* donnait lieu à des effets particuliers, ainsi qu'il sera expliqué plus loin⁽⁴¹⁾. Jusque vers l'époque de Cicéron, le mariage avec *manus* était la règle, bien que l'autre ne laissât pas d'être en usage⁽⁴²⁾; à la fin de la république, la *manus* commença à perdre de sa fréquence, et dès les premiers temps de l'empire elle n'était plus qu'une rare exception⁽⁴³⁾; sous le bas-empire nous en perdons la trace⁽⁴⁴⁾; Justinien, en la passant sous silence dans ses recueils, prouve qu'il ne la considère plus comme une institution légale.

(55) L. 5 i. f., D. de in jus voc. 2, 4. — (54) GAUS, I, 67 initio; ULPIS, V, 8 initio.

(55) L. 15, § 1, D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5. — (56) Cic., *Topica* 4.

(57) L. un., pr., D. unde vir et uxor 58, 11; Cf. L. 57, § 2, D. ad municip. 30, 1.

(58) L. 17, D. de statu hom. 1, 5.

(59) L. 5, § 1, D. de bonis damnat. 48, 20; L. 1, C. de repud. 5, 17; Cf. L. un.,

C. Théod. de nupt. gentil. 5, 14. — (40) Cic., *Topica* 4.

(41) T. II, § 514, III. — (42) Cf. Cic., *pro Flacco* 54, et GAUS, I, 111 i. f.

(43) TACITE, *Ann.* IV, 16. — (44) Cf. *Vatic. fragm.* 115 i. f.

CHAPITRE I. — DE LA CONCLUSION DU MARIAGE.

§ 288. *Des fiançailles.*

D. de sponsalibus 23, 1; C. de sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proreneticis 3, 1.

1. *Notion et conclusion des fiançailles.* On entend par fiançailles (*sponsalia*) la promesse réciproque de l'homme et de la femme de s'unir par le mariage⁽¹⁾. En général les fiançailles imitent le mariage, et sont pour leur validité subordonnées aux mêmes conditions. Par conséquent :

1° Elles supposent le consentement des deux parties⁽²⁾, peu importe comment il s'est manifesté⁽³⁾; mais la stipulation sous la forme *spondesne ? spondeo* était si usuelle que les fiançailles prirent le nom de *sponsalia*⁽⁴⁾.

2° Est également nécessaire le consentement des personnes qui dans certains cas sont appelées à consentir au mariage⁽⁵⁾.

3° Enfin il ne peut exister d'empêchement de mariage⁽⁶⁾, à moins qu'il ne soit d'une nature passagère⁽⁷⁾.

II. *Effets des fiançailles.* A) Le principe fondamental sur les fiançailles est qu'elles n'engendrent point d'obligation légale de se marier, elles n'ont qu'une force morale; ainsi le veut le respect de la liberté individuelle; un acte aussi décisif que le mariage doit demeurer libre jusqu'au dernier instant⁽⁸⁾. Le droit romain n'admet pas même qu'on puisse contraindre indirectement au mariage au moyen d'une clause pénale; il annule celle-ci comme entachée d'immoralité⁽⁹⁾. Il oblige seulement la partie qui se désiste, à notifier

(1) L. 1, D. h. t. — (2) L. 13, D. h. t. — PAUL, II, 19, § 7; L. 8, L. 14 i. f., D. h. t.

(3) L. 4-3, L. 7, pr., L. 18, D. h. t.; Cf. L. 11-12, D. eod. — (4) L. 2-3, D. h. t.

(5) L. 7, § 1, cf. L. 10, D. h. t. — Infra § 289, I, C.

(6) L. 60, § 5, D. de ritu nupt. 23, 2; L. 13-16, D. h. t.

(7) PAUL, II, 19, § 1; L. 14, cf. L. 9, D. h. t. — L. 38, pr., D. de ritu nupt. 23, 2; L. un., C. si rector prov. 3, 2. — L. 10, § 1, D. de his, qui not. inf. 3, 2.

(8) L. 1, C. h. t.; L. 2, C. de repud. 3, 17.

(9) L. 71, § 1 i. f., D. de condit. 33, 1; L. 154, pr., D. de V. O. 43, 1; L. 3 i. f., C. h. t. — Voyez encore L. 97, § 2, D. de V. O. 43, 1.

son désistement à l'autre; c'est un devoir de loyauté; si sans avoir dénoncé les fiançailles, on en contracte de nouvelles, on encourt l'infamie⁽¹⁰⁾.

B) Sous une série de rapports les fiançailles sont assimilées au mariage :

1° Les injures faites à la future atteignent le fiancé, et l'autorisent à exercer l'action d'injures en nom personnel⁽¹¹⁾.

2° Les fiançailles créent une sorte d'alliance, d'où dérivent des empêchements de mariage⁽¹²⁾ et une dispense de déposer en justice⁽¹³⁾.

3° Les immeubles donnés en dot au fiancé sont inaliénables déjà avant le mariage⁽¹⁴⁾.

C) Les fiançailles dissoutes, la dot⁽¹⁵⁾ et généralement aussi les donations entre fiancés doivent être restituées⁽¹⁶⁾, comme faites sous la condition tacite que le mariage suivrait. Mais la règle souffre exception pour les donations provenant de la partie qui se désiste frivolement⁽¹⁷⁾ ou qui donne à l'autre une cause légitime de séparation⁽¹⁸⁾; celle-là perd à titre de peine les libéralités qu'elle a pu faire, de même qu'elle perd les arrhes données ou doit rendre au double les arrhes reçues⁽¹⁹⁾.

§ 289. Des conditions du mariage.

La validité du mariage est subordonnée avant tout au concours de certaines conditions générales; puis, à côté de celles-ci existent plusieurs empêchements de mariage.

(10) L. 1 i. f., L. 13, § 2-4, cf. § 1, D. de his, qui not. inf. 3, 2.

(11) L. 13, § 24, D. de injur. 47, 10. — T. II, § 278, II, 2°.

(12) § 9 i. f., I. de nupt. 1, 10; L. 12, § 1-2, D. de ritu nupt. 25, 2. — Infra § 289, II, B, 1°.

(13) L. 3, D. de testib. 22, 3 (T. II, § 283, 1°). — Voyez encore L. 13, § 3 et 8, D. ad leg. Jul. de adult. 48, 3, puis L. 3 i. f., L. 4, D. de lege Pompeii de parrie. 48, 9.

(14) L. 4, D. de fundo dot. 25, 3. — T. II, § 293, I.

(15) L. 21, L. 45, pr., D. de jure dot. 25, 3. — T. II, § 293, 1°.

(16) L. 16, v^o osculo vero non interveniente., C. de donat. ante nupt. 3, 3.

(17) L. 13, C. cit., v^{is} Quum veterum sententia. transferatur, et v^{is} Quæ similiter. — (18) L. 13, C. cit., v^{is} Quodsi sponsa.; Cf. L. 16, C. eod.

(19) L. 3 i. f., L. 3, v^{is} Patrem vero. custodiri censemus, C. h. t.; Cf. L. 3, C. cit., v^{is} Mulier juris sui arrhas acceperit, et v^{is} quadrupli videlicet. placuerit. — T. I, § 220, II.

I. DES CONDITIONS GÉNÉRALES DU MARIAGE. Elles sont au nombre de trois :

A) Les parties doivent être capables de procréer ; les impubères⁽¹⁾ et les castrats⁽²⁾ (à la différence des *spadones*⁽³⁾) sont dépourvus de cette capacité.

B) Les parties doivent consentir au mariage⁽⁴⁾. Mais ce seul consentement suffit : le mariage existe dès qu'il y a volonté *actuelle* de vivre en commun ; le contrat de mariage est donc purement consensuel⁽⁵⁾ ; il n'y a exception, et encore seulement depuis Justinien, que pour les personnes d'un rang supérieur (*illustres*), qui ont besoin de dresser un écrit au sujet de leurs conventions matrimoniales comme condition de la validité de leur union⁽⁶⁾. A la vérité, les Romains avaient l'usage de célébrer solennellement le mariage : la mariée était conduite en pompe au domicile conjugal, où l'on procédait à des cérémonies religieuses (*in domum deductio*)⁽⁷⁾ ; mais cette pratique manquait de caractère obligatoire⁽⁸⁾ ; quant à la célébration solennelle de la *manus* par une cérémonie religieuse (*confarreatio*)⁽⁹⁾ ou par une mancipation réciproque (*coemptio*)⁽¹⁰⁾, il est évident qu'elle se rattachait à la *manus* et non au mariage⁽¹¹⁾. Au reste l'erreur, le dol, la violence et la simulation exercent sur le contrat de mariage la même influence que sur les conventions en général : l'erreur rend le mariage inexistant si elle porte sur l'individualité de l'autre partie⁽¹²⁾, tandis que l'erreur sur les qualités physiques ou

(1) Pr. initio, I. h. t.

(2) L. 59, § 1 initio, D. *de jure dot.* 25, 3 ; Cf. L. 14, § 1 i. f., D. *de manum. vind.* 40, 2.

(3) L. 59, § 1 i. f., D. *de jure dot.* 25, 3 ; Cf. L. 14, § 1 i. f., D. *de manum. vind.* 40, 2. — T. I, § 51, I, B.

(4) L. 2, L. 28, D. h. t. ; L. 14, C. h. t. — L. 16, § 2, L. 50, D. h. t. — Voyez cependant L. 21, D. h. t. ; L. 12, L. 20 initio, C. h. t., ebn. avec L. 11-15, D. *de sponsal.* 25, 1, puis la L. 29, D. h. t.

(5) L. 50, D. *de R. J.* 30, 17 ; L. 15, D. *de condit.* 35, 1 ; L. 66, pr. i. f., L. 52, § 15, D. *de donat. inter V. et U.* 24, 1 ; L. 6-7, D. h. t. ; L. 11, D. *de sponsal.* 25, 1 ; L. 22, C. h. t. ; L. 11, pr., C. *de repud.* 3, 17.

(6) Nov. 74, c. 4, pr., § 1-2, et Nov. 117, c. 4 et 6. — Voyez encore Nov. 74, c. 4, § 3, abrogée par la Nov. 117, c. 5. — (7) PAUL, II, 19, § 8 ; L. 5-7, D. h. t. — (8) L. 22, C. h. t.

(9) GAÛS, I, 112. — (10) GAÛS, I, 113. — (11) T. II, § 514, II, 1^o et 2^o.

(12) Cf. Nov. 22, c. 10.

intellectuelles du conjoint est toujours indifférente⁽¹³⁾; la violence physique⁽¹⁴⁾ et la simulation⁽¹⁵⁾ annulent le mariage; enfin la violence morale⁽¹⁶⁾ et le dol principal⁽¹⁷⁾ permettent d'en demander la rescision.

C) Outre le consentement des parties, la validité du mariage requiert encore souvent l'approbation de certaines autres personnes, soit parce que l'un des époux est sous puissance paternelle, soit à raison de son âge.

1° Tout enfant sous puissance doit, pour pouvoir se marier, se procurer le consentement de son chef de famille⁽¹⁸⁾; de plus, si le chef est l'aïeul et que le père soit resté dans la famille, ce dernier doit aussi consentir au mariage de son fils, mais non de sa fille, parce qu'il peut un jour acquérir la puissance paternelle sur les enfants à naître du mariage de son fils, ce qui ne saurait avoir lieu contre son gré⁽¹⁹⁾.

2° A raison de l'âge, le futur conjoint *sui juris* n'a besoin du consentement de son père⁽²⁰⁾, et à défaut de père, de celui de sa mère et de ses proches⁽²¹⁾, que s'il s'agit d'une *mineure* de vingt-cinq ans; le *mineur* se marie librement⁽²²⁾.

Le consentement des personnes prémentionnées est suppléé en justice, d'abord, en vertu de la loi Julia et Papia Poppæa, si elles le refusent sans motifs⁽²³⁾, ensuite si elles sont dans l'impossibilité de le donner par suite d'une aliénation mentale⁽²⁴⁾ ou d'une absence qui remonte à trois ans⁽²⁵⁾.

(13) T. I, § 211. — (14) T. I, § 213, l. — (15) L. 50, D. h. t. — T. I, § 214.

(16) Cf. L. 22, D. h. t. — T. I, § 213.

(17) T. I, § 212. — Cf. DE SAVIGNY, *System* III, § 114, note g, et § 115, note f.

(18) PAUL, II, 19, § 2 initio; pr., l. h. t., *v^{is} dum tamen filii familias..... præcedere debent*; L. 2 i. f., L. 18, L. 53, D. h. t.; L. 3, L. 12 i. f., C. h. t.; Cf. L. 5, D. h. t.

(19) L. 16, § 1, L. 9, D. h. t.

(20) L. 20, *v^{is} Si sui juris..... exploretur*, L. 18, *v^{is} Viduæ..... non convenient*, C. h. t.

(21) L. 20, C. cit., *v^{is} si patris..... iudicium*, ebn. avec L. 20, D. h. t.; Cf. L. 18, *v^{is} Quodsi in conventionis delectu..... approbaverit*, C. h. t.; Voyez aussi L. 20, *v^{is} Si vero.....*, C. h. t. — (22) L. 23, D. h. t.; L. 8, C. h. t.

(23) L. 19, D. h. t.; Cf. L. 18, C. h. t., *v^{is} Sed ne forte.....*

(24) Pr., l. h. t., *v^{is} Unde quæsitum est.....*; L. 28, C. de *episc. aud.* 1, 4; L. 25, C. h. t. — (25) L. 9, § 1, L. 10-11, D. h. t.; L. 12, § 3, D. de *capt. et de postlim.* 49, 13.

II) DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE. Tels sont :

A) *La parenté*. 1° En ligne directe elle forme un obstacle absolu au mariage, quel que soit le degré de la parenté⁽²⁶⁾, et la parenté fût-elle purement naturelle⁽²⁷⁾ ou purement civile⁽²⁸⁾; même l'émancipation de la fille adoptive ne rend pas possible son mariage avec l'adoptant, sinon la faculté d'émanciper qui appartient à l'adoptant, aurait favorisé le concubinage⁽²⁹⁾.

2° En ligne collatérale il n'existe d'empêchement de mariage qu'entre frères et sœurs⁽³⁰⁾, puis, entre ceux-ci et les descendants d'autres frères ou sœurs⁽³¹⁾. Ici encore il y a prohibition alors même que la parenté ne serait que naturelle⁽³²⁾ ou civile⁽³³⁾; mais l'enfant adoptif émancipé peut marier un enfant naturel de l'adoptant; on ne devait pas craindre dans l'espèce d'encourager le concubinage, puisque l'émancipation ne dépend pas des parties intéressées⁽³⁴⁾.

B) *L'alliance*. Elle est un empêchement de mariage toutes les fois que la parenté qu'elle imite dans le cas particulier dont il s'agit, forme elle-même un empêchement⁽³⁵⁾, sauf que dans la ligne colla-

(26) *Collatio* VI, 3, § 1 initio; GAÏUS, I, 59 initio; § 1 initio, I. h. t.; ULPÏEN, V, 6 initio; L. 33, D. h. t. — (27) § 10, I. h. t.; L. 8, L. 14, § 2, D. h. t.

(28) GAÏUS, I, 59 in medio; § 1 in medio, I. h. t.; L. 33, pr. initio et § 1 initio, D. h. t.

(29) *Collatio* VI, 3, § 2 initio; GAÏUS, I, 59 i. f.; § 1 i. f., I. h. t.; L. 33, pr. i. f., cf. § 1, D. h. t.

(30) *Collatio* VI, 3, § 1 in medio; GAÏUS, I, 60 et 61 initio; § 2 initio, I. h. t.

(31) GAÏUS, I, 62 i. f.; ULPÏEN, V, 6, *vis non etiam..... materteram*; § 3 et 5, I. h. t.; L. 17, § 2 initio, L. 59, pr., D. h. t. — Cf. GAÏUS, I, 62 initio; ULPÏEN, V, 6, *vis nunc autem..... fratris filiam*; *Collatio* VI, 3, § 1 i. f., et SUËTOXE, *Claude* 26, abrogé par L. 1, C. Théod. de inc. nupt. 3, 12, et L. 9, C. J. de inc. et inutil. nupt. 3, 5. — Cf. encore TACITE, *Ann.* XII, 6 et ULPÏEN, V, 6, *vis inter cognatos..... non poterant*, aussi abrogé (TITE-LIVE, XLII, 54, puis remis en vigueur : L. 3, C. Théod. de inc. nupt. 3, 12, pour être définitivement aboli : L. 19, C. h. t.; § 4, I. h. t.).

(32) § 10, I. h. t.; L. 8, L. 14, § 2 initio, D. h. t.

(33) § 2 in medio et § 3 initio, I. h. t.; L. 17, pr. et § 2 i. f., L. 33, § 1 initio, D. h. t.

(34) *Collatio* VI, 3, § 2 i. f.; § 2 in medio, I. h. t.; L. 33, § 1 i. f., D. h. t. — Voyez encore § 2 i. f., I. h. t.; THÉOPHILE, *eod.*; L. 17, § 1, D. h. t., cbn. avec L. 67, § 3, D. h. t., *vis an perimuntur..... impeditur?*

(35) GAÏUS, I, 63; ULPÏEN, V, 6 i. f.; *Collatio* VI, 3, § 3 initio; § 6-7, I. h. t.; L. 14, pr., § 1, 3 et 4, L. 40, D. h. t.; L. 4, § 7, D. de grad. 58, 10; L. 4, C. h. t.; L. 8, L. 8, C. de inc. et inutil. nupt. 3, 5.

térale, l'empêchement demeure strictement limité aux frères et sœurs⁽⁵⁶⁾ ; mais d'autre part, le mariage est prohibé à raison d'une quasi-alliance, d'une alliance de fait plutôt que de droit, entre une fiancée et le père ou le fils de son futur⁽⁵⁷⁾, comme entre un époux divorcé et l'enfant né d'un lit subséquent du conjoint⁽⁵⁸⁾.

On appelle inceste (*incestæ nuptiæ*) l'union contractée entre parents ou alliés à un degré faisant obstacle au mariage⁽⁵⁹⁾. Le droit romain frappe de peines sévères les unions incestueuses⁽⁴⁰⁾, surtout celles de descendants et ascendants, qui sont nommées incestes du droit des gens⁽⁴¹⁾ ; dans son dernier état il repousse toute dispense de la prohibition du mariage⁽⁴²⁾.

C) *Un mariage déjà existant.* La polygamie est défendue⁽⁴³⁾ ; elle est punie de l'infamie⁽⁴⁴⁾ et d'autres pénalités⁽⁴⁵⁾. La femme ne peut pas même se remarier aussitôt après la dissolution du mariage : pour éviter la confusion du part⁽⁴⁶⁾, elle doit sous peine d'infamie observer un veuvage de dix mois⁽⁴⁷⁾, délai réputé le maximum de la gestation⁽⁴⁸⁾ ; sous le bas-empire on imposa à la femme un veuvage d'un an⁽⁴⁹⁾, à cause de son deuil⁽⁵⁰⁾, et on lui interdit le convol pendant cinq ans en cas de divorce arbitraire de sa part ou amené par sa faute⁽⁵¹⁾.

(56) Arg. L. 3, L. 8, C. cit.

(57) § 9 i. f., l. h. t. ; L. 12, § 1-2, D. h. t. — Voyez encore L. 14, § 4 i. f., D. h. t.

(58) § 9 initio, l. h. t. ; L. 12, § 3, D. h. t. — Voyez encore L. 13, D. h. t., et L. 26 i. f., C. h. t. — (59) GAUS, I, 64 ; ULPEN, V, 7 ; *Collatio* VI, 3, § 3 initio ; L. 39, § 1, D. h. t.

(40) *Collatio* VI, 3, § 3 initio ; L. 6, C. de inc. et inutil. nupt. 3, 5 ; Nov. 12, c. 1.

(41) L. 68, D. h. t. — (42) L. 2, C. si nupt. ex rescr. pet. 3, 8 ; Cf. Nov. 159.

(43) § 6, vis nam si adhuc., et § 7, vis alioquin, si adhuc., l. h. t. ; L. 7, C. de Jud. 1, 9.

(44) L. 1 i. f., L. 13, § 4, D. de his, qui not. inf. 3, 2 ; L. 18 initio, C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. — (45) L. 2, C. de inc. et inutil. nupt. 3, 5 ; L. 18 in medio, C. cit.

(46) L. 11, § 1 i. f., D. de his, qui not. inf. 3, 2. — Voyez aussi les deux derniers textes de la note 30.

(47) PAUL, I, 21, § 13 ; L. 13, C. ex quib. caus. inf. irrog. 2, 12 ; Cf. L. 1, vis qui eum, que in potestate. passus fuerit ; L. 10, pr., L. 11, § 1, D. de his, qui not. inf. 3, 2. — (48) *Infra* § 298, I.

(49) L. 2, C. de sec. nupt. 3, 9 ; Nov. 22, c. 16, pr. initio et c. 22, pr. initio.

(50) Nov. 22, c. 22, § 1 i. f., et Nov. 59, c. 2, pr. initio ; Cf. L. 33, § 3 in medio, C. de episc. et cler. 1, 3, et Nov. 22, c. 18 i. f.

(51) L. 8, § 4 initio, C. de repud. 3, 17 ; Nov. 22, c. 15, § 3 ; Cf. L. 2, C. Théod. de repud. 3, 16.

D) *Une tutelle ou une curatelle.* Elle empêche le mariage du tuteur et du curateur ou de l'un de leurs enfants mâles avec la fille placée sous tutelle ou curatelle, tant que le compte de tutelle ou de curatelle n'a pas été définitivement réglé; en effet, le mariage aurait pu être un moyen de se soustraire à la reddition de ce compte⁽³²⁾; aussi l'union devient-elle possible si le père de la jeune fille l'a désirée⁽³³⁾.

E) *Un délit.* Il est défendu aux auteurs d'un enlèvement⁽³⁴⁾ ou d'un adultère⁽³⁵⁾ de marier la femme enlevée ou adultère; s'il en était autrement, on encouragerait le rapt et l'adultère par l'espoir d'une réparation ultérieure.

F) *Une fonction publique.* Nul fonctionnaire provincial ne peut marier une provinciale, dans la crainte d'un abus d'autorité⁽³⁶⁾.

G) *La différence de religion.* Le mariage est prohibé entre chrétiens et juifs⁽³⁷⁾.

H) *La différence de condition,* mais seulement au point de vue du droit anté-justinien⁽³⁸⁾. Sous la république le mariage était interdit entre ingénus et affranchis⁽³⁹⁾; la célèbre loi Julia et Papia Poppæa leva cet empêchement⁽⁴⁰⁾, mais par contre elle défendit le mariage :

1° Entre personnes honnêtes et des infâmes⁽⁴¹⁾.

2° Entre sénateurs et descendants de sénateurs par des mâles, d'un côté, des infâmes, des affranchis et des enfants de comédiens, de l'autre⁽⁴²⁾.

(32) L. 59, L. 60, § 7, L. 62, § 2, L. 67, pr., D. h. t.; L. 6-7, C. de interd. matrim. inter pup. et tut. 5, 6; Cf. L. 64, § 2, D. h. t.; L. 5, C. de interd. matrim. 5, 6.

(33) L. 56, D. h. t. — (34) L. 13, D. de his, quæ ut ind. aufer. 34, 9; Cf. L. 26, D. h. t.

(35) L. un., C. de raptu virg. 9, 13; Nov. 145 et 130.

(36) L. 58, pr., L. 63 initio, D. h. t.; L. 57, pr., D. eod.; L. 1, C. si rector prov. 5, 2; Cf. L. 58, § 1-2, L. 63, pr., D. h. t.

(37) L. 6, C. de Jud. 1, 9. — Voyez aussi L. un., C. Théod. de nupt. gentil. 3, 14.

(38) PROCOPE, *Hist. arc.* 9; L. 25, L. 28, L. 29 i. f. (L. 53, pr. i. f., C. de episc. aud. 1, 4), C. h. t.; Nov. 117, c. 6. — Voyez cependant L. 62, § 1, D. h. t., puis L. 24, C. de agric. 11, 47, et Nov. 22, c. 17, pr. — (39) Arg. TITE-LIVE, XXXIX, 19.

(40) Arg. L. 25, D. h. t.

(41) ULPIN, XIII, 2, et XVI, 2; L. 41, L. 43, pr., § 1-9 et 13, D. h. t.

(42) ULPIN, XIII, 1, et XVI, 2 i. f.; L. 23, L. 42, § 1, L. 43, § 10-12, L. 44, cbn. avec L. 16, pr., D. h. t.; L. 1, C. de natur. lib. 5, 27; L. 7, C. de inc. et inutil. nupt. 5, 5.

§ 290. *Du mariage qui ne réunit pas toutes les conditions requises.*

En général, le mariage contracté en dehors de l'une des conditions précédentes est légalement inexistant⁽¹⁾ : l'union est dépourvue d'effet juridique, pour les époux⁽²⁾ et pour les enfants qu'ils procréent⁽³⁾ ; la nullité du mariage n'a pas besoin d'être demandée, il y a nullité de plein droit⁽⁴⁾. La rigueur de cette théorie est tempérée par les modifications suivantes :

1° Certains empêchements de mariage n'ont qu'un caractère prohibitif ; ils trouvent leur sanction non dans la nullité du mariage, mais dans d'autres peines qui frappent les personnes mariées malgré l'empêchement⁽⁵⁾. Parfois aussi ce dernier ne donne lieu qu'à une action en rescision du mariage⁽⁶⁾.

2° Si les époux ou l'un d'eux a été de bonne foi, c'est-à-dire s'est marié dans l'ignorance du vice qui infectait l'union, celle-ci, appelée de nos jours mariage putatif, produit de l'effet, d'abord à l'égard du conjoint ou des conjoints de bonne foi, ensuite à l'égard des enfants, par cela seul que l'un des parents est de bonne foi, car l'état de l'enfant est indivisible par son essence⁽⁷⁾. Mais comme l'union n'est reconnue qu'à raison de la bonne foi qui lui sert de base, elle n'a non plus d'effets légaux qu'aussi longtemps que dure la bonne foi ; l'époux ou les époux qui découvrent le vice de leur mariage, ont donc l'obligation de se séparer sur-le-champ, sinon ils ne jouissent plus pour l'avenir du bénéfice du mariage putatif⁽⁸⁾.

3° Enfin, le mariage nul se confirme par la continuation de la

(1) § 12 initio, I. h. t.

(2) § 12 initio, I. cit. ; L. 3, D. de J. D. 23, 5 ; L. un., pr., D. unde vir et uxor 58, 11 ; L. 37, § 2, D. ad munic. 30, 1.

(3) GAIUS, I, 64 ; ULPEN, V, 7 i. f. ; § 12, I. h. t. ; L. 11, D. de statu hom. 1, 5.

(4) § 12 initio, I. h. t. ; L. 2, D. h. t. ; Arg. L. 16, D. de sponsal. 25, 1.

(5) L. 1-2, C. de sec. nupt. 5, 9 ; Nov. 22, c. 22. — ULPEN, XVI, 2, abrogé par L. 16, pr., D. h. t. — (6) Cf. T. I, § 212, II, A, et § 215, III, 1^{re}.

(7) L. 37, § 1, D. h. t. ; L. 4, C. de inc. et inutil. nupt. 3, 5, vis exceptis tam..... decepti sunt.

(8) L. 4, C. cit., vis Quos tamen ita demum.....

vie commune après que la cause de sa nullité a disparu; il se forme en effet alors par un second consentement un mariage nouveau exempt de vice⁽⁹⁾; c'est pourquoi l'union n'est validée que pour l'avenir⁽¹⁰⁾.

CHAPITRE II. — DES EFFETS DU MARIAGE.

SECTION I. — DES EFFETS DU MARIAGE ENTRE ÉPOUX.

§ 291. *Des rapports personnels des époux.*

Les rapports personnels des époux appartiennent avant tout au domaine de la morale⁽¹⁾; mais la loi n'a pas laissé d'en sanctionner plusieurs.

I. *Droits et devoirs réciproques.* 1° Chaque époux a droit vis-à-vis de son conjoint à la fidélité conjugale; l'adultère du conjoint est une cause légitime de divorce⁽²⁾, avec cette différence entre l'homme et la femme que l'adultère simple de la femme autorise le mari à divorcer⁽³⁾, tandis que la femme ne peut divorcer que pour adultère qualifié du mari, c'est-à-dire si ce dernier a introduit sa concubine dans la maison conjugale ou l'a entretenue dans la même commune⁽⁴⁾; la raison en est que tout adultère de la femme peut avoir le déplorable résultat d'introduire des étrangers dans la famille, ce qui n'a pas lieu en cas d'adultère du mari⁽⁵⁾.

2° Les époux se doivent mutuellement aide⁽⁶⁾ et aliments⁽⁷⁾. Ils

(9) L. 4, L. 27, L. 63, § 1, D. h. t.; L. 13, § 6 i. f., D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.

(10) L. 63, § 1 i. f., D. h. t.; L. 6 i. f., C. h. t.

(1) L. 14, § 1 i. f., D. S. M. 24, 3. — L. 48, pr. i. f., D. de oper. libert. 38, 1; L. 31, pr., D. de donat. inter V. et U. 24, 1. — L. 2, D. de injur. 47, 10, *v^{is} defendi uxores a viris... æquum est.* — Tel est aussi le prétendu *jus in corpus* dont le droit canonique s'occupe avec complaisance (c. 3, C. 32, Q. 2; c. 5, C. 33, Q. 5; c. 11, X, de eo, qui cogn. consang. ux. 4, 13). — (2) L. 8, § 2-5, C. de repud. 5, 17.

(3) Nov. 117, c. 8, § 2 initio. — (4) Nov. 117, c. 9, § 3 initio.

(5) Voyez encore L. 1, C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. — (6) L. 22, § 7, D. S. M. 24, 3.

(7) L. 22, § 8, D. cit.; L. 21, § 1, D. de donat. inter V. et U. 24, 1. — Arg. L. 22, § 7, D. S. M. 24, 3, et L. 29, C. de J. D. 5, 12, *v^{is} ita tamen, ut..... abutatur.*

jouissent aussi du bénéfice de compétence s'ils sont débiteurs l'un de l'autre⁽⁸⁾.

3° Un époux est dispensé de l'obligation de déposer en justice contre son conjoint⁽⁹⁾.

4° Les époux ne peuvent se poursuivre par des actions pénales ni par des actions infamantes; ils doivent recourir à de simples actions en restitution⁽¹⁰⁾; c'est ainsi que les détournements entre époux ne donnent lieu qu'à l'action *rerum amotarum* en dommages et intérêts⁽¹¹⁾.

5° Les époux sont appelés à défaut de parents à la succession l'un de l'autre, en vertu de la *bonorum possessio unde vir et uxor*⁽¹²⁾; la veuve hérite même en toute éventualité de son mari si elle est pauvre et non dotée⁽¹³⁾.

II. *Droits propres du mari.* 1° Il peut contraindre la femme à le suivre partout où il juge à propos de résider⁽¹⁴⁾, et contre quiconque détient sa femme il dispose de l'interdit de *uxore exhibenda et ducenda*⁽¹⁵⁾. Non-seulement le mari choisit la résidence commune, mais la femme a de plein droit son domicile chez le mari⁽¹⁶⁾.

2° Le mari représente sa femme en justice comme son mandataire présumé⁽¹⁷⁾.

III. *Droit propre de la femme.* Elle est élevée à la condition de son mari, et participe à tous ses privilèges⁽¹⁸⁾.

(8) § 37 initio, I. de action. 4, 6; L. 17 i. f., L. 20, D. de re jud. 42, 1; L. 12 initio, L. 17, § 1-2, D. S. M. 24, 3 (T. I, § 187, III, 2°).

(9) L. 4, D. de testib. 22, 5. — T. II, § 283, 1°.

(10) L. 2 i. f., C. rer. amot. 3, 21; L. 1 i. f., C. de J. D. 3, 12; L. 17, D. de servo corr. 11, 3.

(11) L. 1-2, L. 21, § 5-5, L. 26, L. 29 initio, D. de act. rer. amot. 23, 2; L. 2 initio, C. rer. amot. 3, 21; L. 22, § 4, C. de furt. 6, 2. — Voyez aussi C. ne fidejussores vel mandatores dotium dentur 3, 20, et L. 14, § 1, D. S. M. 24, 3.

(12) D. 58, 11, et C. 6, 18, unde vir et uxor. — T. II, § 322, I, D, et § 324, I, E, 2° i. f.

(13) Nov. 35, c. 6, et Nov. 117, c. 5. — T. II, § 524, I, E, 2°, et § 556, 2°.

(14) L. 63 i. f., D. de judic. 3, 1; L. 3 i. f., D. h. t.; L. 9 i. f., C. de incol. 10, 59.

(15) L. 2 cbn. avec L. 1, § 3, D. de lib. exhib., item duc. 43, 50; L. 11, C. h. t.; L. 5, C. de lib. exhib. seu de duc. 8, 8. — T. II, § 283, 1°.

(16) L. 58, § 3, cf. L. 22, § 1, D. ad munic. 50, 1.

(17) L. 21, C. de procur. 2, 13; Cf. L. 2 i. f., D. de injur. 47, 10.

(18) Vatic. fragm. 104; L. 9 initio, C. de incol. 10, 59; L. 15 initio, C. de dignitat.

§ 292. *Des effets du mariage quant aux biens des époux. —
Principes fondamentaux.*

D. de pactis dotalibus 23, 4; C. de pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias et paraphernis 3, 14.

HASSE. *Das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Rechte*. Berlin, 1824, T. I (inachevé).

TIGERSTRÖM. *Das römische Dotalrecht*. Berlin, 1831-1852, 2 vol.

HEIMBACH. *Weiske's Rechtslexikon* II, p. 398-464 (1840).

PELLAT. *Textes sur la dot traduits et commentés*. Paris, 1855 (2^e édition).

BECHMANN. *Das römische Dotalrecht*. 1863-1867, 2 parties.

On peut concevoir trois régimes de biens entre époux : la séparation des patrimoines, une communauté de biens, totale ou partielle, et la concentration de la fortune des deux conjoints sur la tête du mari (ou, par hypothèse, de la femme). Le droit romain n'imposait aucun de ces régimes : il laissait les époux souverainement libres de régler leurs intérêts pécuniaires comme ils le jugeaient convenable. Mais en fait, le système de la communauté était pour ainsi dire inconnu à Rome ; un seul texte mentionne une communauté universelle de biens entre conjoints⁽¹⁾, à titre d'application de la société de tous les biens qui pouvait s'établir entre personnes quelconques⁽²⁾ ; il n'est guère douteux que la société d'acquêts ait également existé entre conjoints⁽³⁾. Les véritables régimes romains sont celui de la séparation des patrimoines et celui de la dévolution au mari de tous les droits patrimoniaux de la femme ; ils se produisaient respectivement dans le mariage libre et dans le mariage avec *manus*⁽⁴⁾ ; la législation de Justinien n'ayant conservé que le mariage libre, c'est aussi la séparation de biens qui y domine exclusivement. Toutefois les Romains, avec l'esprit pratique qui les distingue, se sont efforcés de constituer, au moyen d'apports respectifs des époux, un patrimoine

12, 1 ; Cf. les mêmes textes i. f. ; Voyez aussi L. 22, § 1, D. *ad munic.* 50, 1, et Nov. 22, c. 56, cbn. avec L. 12, pr., D. *de senat.* 1, 9.

(1) L. 16, § 3, D. *de alim. leg.* 34, 1. — (2) T. II, § 253, I. — (3) T. II, § 253, II, A.

(4) T. II, § 314, III, cbn. avec T. I, § 37, III, B.

destiné à supporter les charges du mariage et dont le mari dispose en maître; ces apports sont la dot et la donation à cause de mariage; la première est due, au moins jusqu'à un certain point, par la femme ou ses ascendants⁽⁵⁾, la seconde par le mari ou ses ascendants⁽⁶⁾. le système de la séparation de biens se présente ainsi sous la forme modifiée d'un régime de double apport; la dénomination de régime dotal est trop étroite, au point de vue du droit nouveau, car la donation à cause de mariage n'est qu'une création de Justin et de Justinien⁽⁷⁾. Malgré leur liberté, les conventions matrimoniales sont soumises à plusieurs limitations fondées sur la nature des rapports conjugaux, pour ne pas parler des limitations qui découlent des principes généraux sur les conventions⁽⁸⁾.

I. Sont prohibées les conventions qui dénatureraient, soit la dot⁽⁹⁾, soit la donation à cause de mariage⁽¹⁰⁾, au profit du mari⁽¹¹⁾ ou de la femme⁽¹²⁾. Il est même défendu de restreindre après la conclusion du mariage les droits dotaux du mari⁽¹³⁾.

II. Il existe ensuite une théorie propre pour les donations entre époux (D. 24, 1, et C. 5, 16, de *donationibus inter virum et uxorem*). Cette théorie a sa raison d'être dans la dépendance que le mariage produit entre conjoints, et qui ne permet point d'assurer aux libéralités qu'ils se font les effets absolus du droit commun⁽¹⁴⁾. Dès la plus haute antiquité et jusque dans l'époque classique les donations entre époux étaient frappées d'une nullité absolue⁽¹⁵⁾. Un important sénatus-consulte porté sous Septime-Sévère et Caracalla modifia profondément ce système⁽¹⁶⁾ : il valida les donations entre époux⁽¹⁷⁾, sous la double condition que l'époux donateur ne révoquât

(5) Infra § 294, I, 1^o. — (6) Infra § 297, II, 1^o. — (7) Infra § 297, I.

(8) L. 3, pr. et § 1, D. h. t.; Cf. L. 14, § 1, D. S. M. 24, 3.

(9) L. 2, L. 14-17, L. 19, D. h. t.; L. 1, § 1, D. de dote praeleg. 53, 4; L. 6, C. h. t. — L. 6, D. h. t. — L. 4, D. h. t. — L. 5, § 2, D. h. t. — (10) Nov. 97, c. 1.

(11) Voyez les deux premières séries de textes de la note 9, et le texte de la note 10.

(12) Voyez les deux derniers textes de la note 9. — (13) L. 28, D. h. t.

(14) L. 1 i. f., L. 3, pr., cf. L. 2, D. h. t.

(15) L. 1 initio, L. 5, § 10, L. 5, § 18, L. 6, L. 7, pr., D. h. t.

(16) L. 32, pr., D. h. t. — (17) L. 32, § 1, D. h. t.

pas la libéralité⁽¹⁸⁾, ni expressément ni tacitement⁽¹⁹⁾, et qu'il ne survécût pas au donataire⁽²⁰⁾. L'on doit admettre, malgré la divergence extrême de nos interprètes, que ce système s'applique aux promesses de donner comme aux donations réalisées à la mort de l'époux donateur⁽²¹⁾. Mais il faut :

1° Une donation proprement dite, présentant les caractères indiqués dans la théorie des donations⁽²²⁾.

2° Une donation entre conjoints; la donation est soumise au droit commun, quand elle intervient, soit avant⁽²³⁾ ou après le mariage⁽²⁴⁾, soit entre conjoints concubinaires⁽²⁵⁾. Mais peu importe que le mariage n'ait qu'une existence de fait, car la dépendance de l'homme et de la femme vivant de fait comme conjoints est la même que s'il y avait mariage légal⁽²⁶⁾. Peu importe aussi que la donation, au lieu

(18) L. 32, § 2-3, D. h. t.; L. 3 initio, L. 6 initio, L. 10, L. 15 i. f., L. 18 i. f., L. 23 initio, C. h. t.

(19) L. 32, § 4, 5 et 15, D. h. t.; L. 12, C. h. t., mais surtout L. 32, § 10-13, L. 62, § 1, D. h. t., et L. 18 initio, L. 3, C. h. t.

(20) L. 32, § 14 initio, D. h. t.; L. 6 initio, C. h. t.; Cf. L. 32, § 14 i. f., D. h. t.; L. 8, D. de reb. dub. 54, 5; L. 26 i. f., D. de M. C. D. 39, 6.

(21) L. 32, § 1 et 25 i. f., L. 53, pr. et § 2, D. h. t.; Nov. 162, c. 1, pr. et § 1; Cf. L. 23, D. h. t. — En ce sens von Löhr, *Civil Archiv* XVI, p. 253 sq. — PUCHTA, *Rhein. Museum* VI, p. 371-383 (1854) (*Kleine civilistische Schriften* p. 352 sq.). — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 381 i. f. — DE SAVIGNY, *System* IV, p. 185 sq. — HEIMBACH, *Weiske's Rechtslexikon* IX, p. 695-697. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht*, III, § 467, 2^o, a. — KELLER, *Pand.* § 408, g. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 153, Anm. 41. — NAMUR, *Institutes* II, ad § 599 i. f. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 309, note 55. — Contra GLÜCK, *Pand.* XXVI, p. 104-122. — WECHTER, *Civil Archiv* XVI, p. 107 sq. — FRANCKE, *cod.* XVIII, p. 7, note 20. — MEYER, in *Schweppe's R. P. R.* IV, § 700. — THIBAUT, *System* I, § 528 et note 1. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 544 et note 4. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 225, Anm. 2.

(22) L. 3, § 15, L. 24, pr., L. 31, § 6, D. h. t. — L. 3, § 8, 13, 14 et 16, L. 23 in medio, L. 31, § 7, D. h. t. — L. 3, § 8-12, L. 7, § 1, 8 et 9, L. 8, L. 9, pr., L. 31, § 9, D. h. t.; L. 22, C. h. t. — T. II, § 246, II. — Voyez encore ULPEN, VII, 1 initio; PAUL, II, 23, § 6; L. 9, § 2, L. 10, L. 11, pr., § 1-9, L. 20, D. h. t.; L. 40, D. de M. C. D. 39, 6.

(23) L. 3, pr., L. 27, L. 56, § 1, L. 66, D. h. t.; L. 23, C. h. t.

(24) L. 64, D. h. t.; L. 33, C. h. t.

(25) L. 3, § 1, v^u *Divus tamen Severus*, L. 58, pr. et § 1, D. h. t.; L. 3, L. 31, pr., D. de donat. 39, 3; Cf. L. 2, C. h. t.

(26) L. 3, § 1, v^u *Videamus* *deliquerunt*, D. h. t.; Cf. L. 32, § 27-28, D. h. t.; L. 7, C. h. t.

de se faire directement au conjoint, ait été faite à une personne interposée⁽²⁷⁾; l'on répute de plein droit personnes interposées celles unies par un lien de puissance au conjoint du donateur⁽²⁸⁾. Enfin, il n'est pas moins indifférent que la donation ait été déguisée sous un autre acte⁽²⁹⁾; si un acte à titre onéreux est mélangé de libéralité, il vaut comme donation pour le montant de la libéralité⁽³⁰⁾.

I. De la dot.

D. 23, 3, et C. 5, 12, *de jure dotium*.

§ 293. Notions générales.

1° La dot (*dos*, anciennement encore *res uxoria*⁽¹⁾) est l'ensemble des biens donnés ou promis du côté de la femme, pour aider le mari à supporter les charges du mariage⁽²⁾; si la dot vient d'un ascendant paternel de la femme, elle est dite profectice (de *proficisci*, partir), sinon elle s'appelle adventice (de *ad venire*, échoir)⁽³⁾; cette division offre quelque intérêt au point de vue de la restitution des biens dotaux⁽⁴⁾. Le principe fondamental sur la dot est qu'elle est faite en vue du mariage; elle n'a de raison d'être que dans ce dernier; il en résulte que non-seulement la constitution de dot est subordonnée à la condition tacite d'un mariage subséquent valable⁽⁵⁾, mais de plus que la dot est sujette à restitution à la fin du mariage pour lequel elle a été constituée⁽⁶⁾.

(27) L. 3, § 9, L. 5, § 2 initio, D. h. t.

(28) L. 3, § 2-8, L. 52, § 16, L. 35, pr., D. h. t.; L. 4, C. h. t.

(29) L. 7, § 6, cf. L. 51, § 4-5, D. h. t. — Voyez aussi L. 5, § 6-7, D. h. t.

(30) L. 5, § 3, L. 7, § 3, L. 51, § 5, D. h. t.; L. 12, pr., D. de J. D. 23, 3. — Voyez des exceptions: L. 51, § 8, L. 40-42, L. 43, L. 14, D. h. t.; L. 26, C. h. t.

(1) ULPPIEN, VI, 6 initio; L. un., C. de rei uxoriae actione 3, 15.

(2) L. 7, pr., L. 76 i. f., D. h. t.; L. 16, pr. i. f., D. de castr. pec. 49, 17; L. 21, § 1 initio, D. de donat. inter V. et U. 24, 1; L. 20 initio, C. h. t.

(3) ULPPIEN, VI, 3; L. 5, L. 6, § 1, D. h. t. — (4) Infra § 296, I, A, et II, 1°.

(5) PAUL, II, 21b, § 1 i. f.; § 12 initio, l. de nupt. 1, 10; L. 5, L. 7, § 5, v^o Proinde si..... eas vindicabit; L. 8 i. f., L. 9, pr. i. f., l. 21, L. 59, § 1, L. 45, pr., D. h. t.

(6) L. 50, C. h. t.; L. un., § 6, C. de R. U. A. 5, 15. — Infra § 296.

2° Ce serait une erreur de croire que les biens que la femme possède lors du mariage ou qu'elle acquiert dans la suite, deviennent dotaux de plein droit : ils n'ont ce caractère que s'il leur a été donné d'une façon expresse⁽⁷⁾ ou tacite⁽⁸⁾, avant ou pendant le mariage, car celui-ci n'est pas un obstacle à la constitution d'une dot⁽⁹⁾. La femme peut donc avoir des biens extra-dotaux ou paraphernaux (*παρὰ φερνής*, *extra dotem*)⁽¹⁰⁾, et même se réserver à leur égard tous les avantages de la propriété ; le mari n'a sur ces biens que les droits que la femme veut lui accorder⁽¹¹⁾ ; en garantie de la bonne administration des biens paraphernaux, le patrimoine entier du mari est affecté d'une hypothèque légale, non privilégiée, au profit de la femme⁽¹²⁾.

§ 294. De la constitution de la dot.

1. *Qui doit constituer la dot ?* 1° En principe la constitution de la dot est volontaire ; n'y est tenu que celui qui en a pris l'engagement. Mais la femme a au moins l'obligation naturelle de fournir une dot à son mari, et partant n'est pas admise à répéter celle qu'elle a constituée de plein gré⁽¹⁾. Si la femme est sans fortune, le père, et à son défaut, l'ascendant paternel sont civilement tenus de constituer une dot convenable, en vertu d'une disposition de la loi Julia et Papia Poppaea⁽²⁾ ; plus subsidiairement encore, si la femme ne peut se marier autrement, c'est à la mère à doter⁽³⁾.

2° Lorsqu'une dot a été promise par les parents ou par l'un d'eux, la circonstance que la fille possède elle-même des biens, ne dispense

(7) L. 9, § 2, D. h. t. — (8) L. 40, L. 50, L. 13, D. h. t.

(9) PAUL, II, 21^b, § 1 ; Arg. L. 7, § 3 initio, D. h. t. ; L. 19, pr. et § 1, C. de donat. ante nupt. 3, 3.

(10) L. 9, § 3 initio, D. h. t. ; L. 8 initio, L. 11 initio, C. de pact. conv. 3, 14.

(11) L. 8, L. 11, C. cit. ; L. 9, § 3, D. h. t. ; L. 93, pr., D. ad leg. Falc. 33, 2.

(12) L. 11, C. cit., v^{is} *Sin autem..... exegit*.

(1) L. 32, § 2, D. de condict. indeb. 12, 6.

(2) L. 19, D. de R. N. 23, 2 ; L. 6, D. de collat. 37, 6.

(3) L. 14, C. h. t., v^{is} *ex magna et probabili causa*, cf. v^{is} *vel lege specialiter expressa* (L. 19, § 1, C. de heret. 1, 3). — Voyez sur le montant de la dot à fournir : L. 60, L. 69, § 4-5, D. h. t. ; L. 43, D. de leg. 3^o, 32.

pas les parents de fournir la dot en biens propres⁽⁴⁾, alors même qu'ils auraient déclaré doter en biens propres et en biens de la fille⁽⁵⁾, s'il n'y a stipulation contraire⁽⁶⁾; la raison en est que les conventions n'obligent jamais par la nature des choses que le promettant.

II. *Que peut-on constituer en dot?* Comme la donation, la dot peut consister en avantages de toute nature⁽⁷⁾. Elle est souvent livrée au mari d'après une estimation faite dans le but de rendre dotale l'estimation à la place de la chose estimée (*æstimatio venditionis causa*); dans ce cas, il y a d'un côté vente avec les effets ordinaires⁽⁸⁾, et de l'autre, abandon du prix d'achat à l'acheteur pour le garder à titre de dot; par conséquent l'objet de la dot se trouve transformé⁽⁹⁾.

III. *Comment se fait la constitution de la dot?* Aussi comme la donation⁽¹⁰⁾; par la même analogie, la simple convention de doter forme un pacte légitime; elle fut pourvue d'une *condictio ex lege* par les empereurs Théodose II et Valentinien III⁽¹¹⁾, et dès ce moment devait disparaître l'ancienne *dotis dictio*⁽¹²⁾.

IV. *Quels sont les effets de la constitution de dot au point de vue du constituant?* C'est également la théorie de la donation qui est décisive, surtout pour l'éviction et les vices cachés⁽¹³⁾, quoique la

(4) L. 7, C. de dot. promiss. 3, 11, v^{is} Si pater..... sequatur fortunam.

(5) L. 7, C. cit., v^{is} Ubi autem..... hujusmodi liberalitates tunc, si... ipse substantiam.....

(6) Arg. L. 7, C. cit., v^{is} simpliciter dederit, v^{is} Ubi autem..... filius pertinent, et v^{is} Poterat enim.....

(7) L. 4, D. h. t.; L. 17-18, C. h. t. — L. 72, pr., D. h. t.; L. 4, C. h. t. — T. II, § 246, II, 1^o, et § 247, 3^o.

(8) L. 10, § 3, L. 14-15, D. h. t.; L. 1, v^{is} si quidem res æstimata fuerit, ex emto competit actio, L. 10, C. h. t.; L. un., § 9, v^{is} Estimatarum enim rerum....., C. de R. U. A. 3, 13. — (9) L. 10 i. f., C. cit.; L. un., § 9, C. cit., v^{is} cit^{is}.

(10) T. II, § 248, I. — (11) L. 6, C. de dot. promiss. 3, 11 (L. 4, C. Théod. de dot. 3, 13).

(12) ULPPIEN, VI, 1-2. — T. I, § 223, II, 2^o.

(13) L. 69, § 7, D. h. t.; L. 1, C. h. t.; L. 16 initio, D. h. t. (T. I, § 217, II, A, 1^o, et § 218, II, A, 1^o). — En ce sens ZIMMERN, *Civil Archiv* II, p. 203 sq. — TIGERSTRÖM, I, p. 83 sq. — UNTERHOLZNER, *Schuldverhältnisse* II, § 549. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 433 i. f. — DE FRESQUET, *Traité élément. de D. R. I*, p. 320. — NAMUR, *Institutes* II, § 391, 4^o.

majorité des auteurs veulent étendre l'obligation de garantie à toute promesse de doter (*promissio dotis*)⁽¹⁴⁾. Si deux ans se sont écoulés depuis la conclusion du mariage sans que la dot ait été fournie, le promettant est tenu de plein droit de payer les intérêts ou les fruits, parce que des motifs de délicatesse peuvent empêcher le mari de faire une sommation⁽¹⁵⁾; le mari jouit d'ailleurs d'une hypothèque légale sur tous les biens du promettant, en garantie de la prestation de la dot⁽¹⁶⁾.

§ 295. *Des effets de la constitution de dot entre conjoints.*

I. Pendant la durée du mariage, le mari est pleinement propriétaire de la dot⁽¹⁾, et jouit de toutes les prérogatives de la propriété, mais sous la responsabilité de sa gestion⁽²⁾; contre les débiteurs de créances reçues en dot, il dispose d'actions utiles *quasi ex jure cesso*⁽³⁾. Il profite des fruits dans la proportion exacte de la durée du mariage; leur perception est indifférente, sans qu'il faille distinguer, comme dans l'usufruit, entre les diverses espèces de fruits; c'est que les fruits de la dot ont pour but essentiel d'aider le mari à supporter les charges du mariage, et dès lors la durée du mariage doit seule être prise en considération⁽⁴⁾. Si le mari aliène une chose dotale, celle qu'il acquiert à la place n'est pas dotale de

(14) MEIER, in Schweppe's R. P. R. IV, § 680 i. f. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 576 in medio. — PELLAT, l. c. p. 133 sq. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 152 i. f. et note 80. — AANDTS, *Lehrb.* § 405, *Anm.* 1. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 217, *Anm.* 2, et plusieurs autres. — Un auteur (WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 493, 2^o et note 3) est allé jusqu'à obliger à la garantie d'une dot immédiatement constituée (*datio dotis*).

(15) L. 31, § 2, C. h. t. — (16) L. un., § 1, C. de R. U. A. 3, 13.

(1) § 41 initio, l. de R. D. 2, 1; L. 7, § 3, L. 9, § 1, L. 73 i. f., D. h. t.; L. 13, § 2, D. de fundo dot. 25, 3; L. 25, C. h. t.

(2) L. 3, § 1, D. de P. A. 6, 2; L. 61, § 1, D. h. t., vis *Atquin possunt*. in dotem converti; L. 24, D. de act. rer. amot. 25, 2; L. 3, § 2, D. de suis et legit. hered. 38, 16; L. 49, § 1, D. de furt. 47, 2; L. 3, L. 11, C. h. t. — T. I, § 194, II, A, 1^o i. f.

(3) L. 2, C. de O. et A. 4, 10.

(4) PAUL, II, 22, § 1; L. un., § 9, C. de R. U. A. 3, 13, vis *Factus autem*.; L. 7, § 9 i. f., 3, 2 et 1, D. S. M. 24, 3 (VANGEROW, *Lehrb.* I, § 220, *Anm.* 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 501 et note 8).

plein droit; elle forme une propriété ordinaire du mari⁽⁵⁾, si elle n'a pas été elle-même constituée en dot par une convention expresse⁽⁶⁾. Quant à la femme, elle est sans droit sur la dot⁽⁷⁾; elle n'a qualité pour en réclamer l'administration que quand le mari la dissipe⁽⁸⁾ ou tombe en déconfiture⁽⁹⁾, sous l'obligation de faire servir les fruits des biens dotaux aux besoins de la famille⁽¹⁰⁾. Mais les droits du mari sont fortement restreints en matière d'aliénations : déjà la loi *Julia de adulteriis* du règne d'Auguste disposait, dans son chapitre *de fundo dotali*, que le mari ne pourrait aliéner les immeubles *italiques* reçus en dot, sans le consentement de sa femme, et que l'hypothèque desdits immeubles ne serait pas même valable avec ce consentement; en effet, la femme se prête plus facilement à une hypothèque qu'à une aliénation définitive⁽¹¹⁾. Justinien étendit la règle concernant l'hypothèque à toute aliénation d'immeubles, *italiques* ou *provinciaux*⁽¹²⁾.

D. 25, 5, et C. 5, 25, *de fundo dotali*.

A) Ainsi, les immeubles dotaux de toute nature sont inaliénables n'importe de quelle manière⁽¹³⁾, même du consentement de la femme⁽¹⁴⁾. Cependant :

(5) L. 12, C. h. t.

(6) L. 25 i. f., L. 26-27, L. 32, L. 54, D. h. t.; L. 22, § 15 i. f., D. S. M. 24, 3. — Cf. L. 21, D. *de pact. dotal.* 25, 4. — (7) L. 9, C. de R. V. 5, 52; L. 25, C. h. t.

(8) Nov. 97, c. 6, pr., *vis Quoniam enim..... administrandi*, cbn. avec L. 29, C. h. t.; Cf. L. 22, § 8, D. S. M. 24, 3, *vis Sin vero..... sequestrari*.

(9) L. 24, pr., D. eod.; L. 29, *vis Ubi adhuc..... competere poterat*, L. 50, *vis ex quo possint actiones.....*, C. h. t.; Nov. 97, c. 6, § 1, *vis Si vero..... vindicet*.

(10) L. 29, C. h. t., *vis ita tamen, ut..... abutatur*; Cf. L. 22, § 8, D. S. M. 24, 3, *vis quatenus ex ea mulier.....* — Voyez aussi L. 75, § 1, D. h. t.

(11) GAIUS, II, 65; PAUL, II, 21^b, § 2; pr., I. *quib. alien. licet* 2, 8, *vis Accidit aliquando..... etiam volente*; L. un., § 15, C. de R. U. A. 5, 15, *vis Et quum..... nec si mulier consentiebat*.

(12) Pr., I. cit., *vis utriusque remedium.....*; L. un., § 15, C. cit., *vis interrogati sumus.....*

(13) L. 28, pr., D. de V. S. 50, 16; L. 16, D. de testam. mil. 29, 1; L. 5-6, D. h. t.; L. 1-2, C. h. t.; L. 50, C. de J. D. 5, 12, *vis Omnis autem temporalis exceptio.....*; Cf. L. 16, D. h. t. — Cf. T. I, § 33, 1, A, 1^o.

(14) Voyez les textes de la note 12; Cf. L. 15, pr., D. h. t.

1° Le mari peut aliéner des immeubles dotaux :

a) S'ils lui ont été livrés sur estimation valant vente ; alors l'objet de la dot n'est plus le fonds, dont le mari est acheteur ordinaire, mais le montant de l'estimation⁽¹⁵⁾.

b) Toutes les fois que l'aliénation est forcée, c'est-à-dire peut être réclamée par un tiers en vertu d'un rapport juridique indépendant de la volonté du mari⁽¹⁶⁾.

c) Quand il s'agit d'un échange avantageux pour la femme, car la prohibition d'aliéner n'a en vue que son intérêt⁽¹⁷⁾.

d) Enfin dans tous les cas où la vente a une cause honnête⁽¹⁸⁾.

2° Conformément aux principes généraux, une aliénation qui originellement n'était pas valable, se valide par la confirmation expresse ou tacite de la femme après la dissolution du mariage⁽¹⁹⁾.

B) Si un immeuble dotal a été aliéné contrairement aux règles précédentes, l'aliénation est nulle⁽²⁰⁾, de manière que l'immeuble reste dans la dot et peut être revendiqué par le mari⁽²¹⁾ ; mais en sa qualité de vendeur, le mari est personnellement responsable de l'éviction vis-à-vis de l'acheteur. Il s'entend de soi que la femme ou ses héritiers peuvent revendiquer à partir du moment où la dot leur revient⁽²²⁾.

II. C'était autrefois une opinion très-répandue, et elle est encore soutenue de nos jours par quelques interprètes, que la femme pendant le mariage a la propriété de la dot : d'après les uns, elle serait

(15) Cf. L. 11 i. f., D. h. t. -- (16) L. 1, pr., D. h. t. ; L. 2 i. f., C. h. t.

(17) Arg. L. 26, D. de J. D. 23, 5, vis *ex re in pecuniam*.

(18) Arg. L. 73, § 1, D. eod., vis *ut sese suosque alat, aut ut egentem virum, fratrem, sororemve sustineat*, et L. 20, D. S. M. 24, 3, vis *ut aes alienum solvat*, ebn. avec L. 83, D. de J. D. 23, 3.

(19) L. 77, § 3, D. de leg. 2°, 31 ; L. 15, § 4, D. h. t. — Voyez aussi L. 5, § 1, L. 17, D. h. t. ; L. 42, D. de usurp. 41, 3, vis *Quum vir..... cessit*.

(20) L. 42 initio, D. de usurp. 41, 3.

(21) Arg. L. 17, D. h. t. ; L. 1, § 3, D. de except. R. V. et T. 21, 3. — Voyez en ce sens VANGEROW, *Lehrb.* I, § 217, *Anm.* 3. — NAMUR, *Institutes* II, § 392 i. f. — WINDSCHIED, *Lehrb.* T. II, § 497 i. f., ebn. avec T. I, § 172, note 2. — Contra ПЕЧЕНА, *Vorles.* II, § 417 i. f. — (22) L. 30, C. de J. D. 3, 12 ; L. 13, § 3, D. h. t.

propriétaire naturelle, le mari ne l'étant que civilement; d'après d'autres, elle serait l'unique propriétaire, et le mari seulement usufruitier de la dot ou représentant de la femme⁽²³⁾. Cette doctrine repose sur un certain nombre de textes disant en termes généraux que la dot est à la femme⁽²⁴⁾, et sur une constitution de Justinien qui parle en termes formels d'une propriété naturelle de la femme⁽²⁵⁾; mais ces expressions font simplement allusion au droit de la femme et de ses héritiers lors de la dissolution du mariage; en aucun cas, elles ne sauraient prévaloir contre ce fait matériel que le mari est investi par nos sources de tous les droits de la propriété⁽²⁶⁾. Telle est l'opinion quasi-unanime des interprètes modernes⁽²⁷⁾.

§ 296. *De la restitution de la dot.*

D. *solutio matrimonio dos quemadmodum petatur* 2, 5;

C. *solutio matrimonio quemadmodum dos petatur* 5, 18.

I. *Historique.* A) Dans le droit anté-justinien, il n'existait pour le mari et ses héritiers une obligation de restituer la dot que vis-à-vis de la femme⁽¹⁾, et subsidiairement vis-à-vis du constituant d'une dot *profectice* ⁽²⁾, à l'exclusion des héritiers de l'un et de l'autre ayant-droit⁽³⁾; le mari profitait donc de la dot adventice toutes les fois que le mariage était dissous par le décès de la femme⁽⁴⁾, et de la dot *profectice* quand le constituant était mort également⁽⁵⁾; il fallait pour ces deux hypothèses convenir expressément de la reprise de la dot (*dos receptitia*)⁽⁶⁾. D'un autre côté l'action *rei uxoriæ*, par la

(23) TIGERSTRÖM, l. c. I, p. 202 sq.

(24) L. 3, § 5 i. f., D. *de minor.* 4, 4; L. 71 initio, D. *de evict.* 21, 2; L. 75 initio, D. *h. t.*, 23, 3; L. 4 i. f., D. *de collat.* 37, 6. — (25) L. 50 initio, C. *h. t.*, 3, 12.

(26) Voyez les textes des notes 2 et 3, cbn. avec ceux de la note 1.

(27) DE SAVIGNY, *System* II, § 72, p. 115-118. — PECHTA, *Pand.* § 416, note g i. f. SINTENIS, *Civilrecht* III, § 155, *Anm.* 2. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 218, *Anm.* 1. — NAMUR, *Institutes* II, § 592, 2^e i. f. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 496, note 5.

(1) ULPPIEN, VI, 6; Cf. L. 10, § 1 i. f., D. *h. t.* — (2) ULPPIEN, VI, 4; *Vatic. fragm.* 108.

(3) ARG. ULPPIEN, VI, 4-5.

(4) ULPPIEN, VI, 5 initio cbn. avec 4 initio; Cf. L. 10, § 1, D. *h. t.*

(5) ULPPIEN, VI, 4 i. f. cbn. avec 4 initio. — (6) ULPPIEN, VI, 5 i. f., cf. 4 i. f.

quelle se poursuivait l'obligation légale de restituer la dot, était soumise à plusieurs règles particulières :

1° Elle était intransmissible aux héritiers de l'ayant-droit (7), ce qui constituait encore une chance pour le mari de s'enrichir de la dot.

2° Le mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ* pouvait retenir, pour une série de causes, certaines portions de la dot, à savoir :

a) du chef d'enfants procréés dans le mariage dissous par le décès de la femme, un cinquième de la dot profectice pour chaque enfant (8), outre la totalité de la dot adventice, comme nous l'avons déjà dit (9) ;

b) du chef d'un divorce arbitraire de la part de la femme ou amené par sa faute (10), un sixième de la dot entière pour chaque enfant jusqu'à concurrence de la moitié (11). En sus de cette quote-part, le mari était autorisé à déduire un huitième si le divorce avait été amené par l'inconduite de la femme, et un sixième s'il y avait eu adultère (12) ;

c) pour impenses faites aux biens dotaux (13) ;

d) pour donations faites à la femme (14) ;

e) pour détournements commis par elle (14).

3° A l'action *rei uxoriæ* était attaché, par faveur pour le mariage, un droit de préférence vis-à-vis des créanciers chirographaires du mari (*privilegium exigendi*) (15).

B) Justinien fit en cette matière une réforme des plus importantes (16). Il abolit l'action *rei uxoriæ*, et la remplaça par une action nouvelle, qu'il fonde d'une manière assez inutile sur une stipulation présumée de reprise de la dot ; à ce titre il l'appelle *actio ex stipulatu* (17) ; nous la nommerons *actio dotis* avec la plupart des

(7) ULPPIEN, VI, 7, cbn. avec *Vatic. fragm.* 93. — Voyez encore L. 10, § 1, D. h. t.

(8) ULPPIEN, VI, 4 in medio ; *Vatic. fragm.* 108.

(9) ULPPIEN, VI, 3 initio cbn. avec 4 initio.

(10) ULPPIEN, VI, 10 initio, cbn. avec *Vatic. fragm.* 121.

(11) ULPPIEN, VI, 10 i. f. et 11 ; *Vatic. fragm.* 103 i. f., cf. 106, 107 et 120.

(12) ULPPIEN, VI, 12. — (13) ULPPIEN, VI, 9, cbn. avec 14-17 — (14) ULPPIEN, VI, 9 i. f.

(15) L. 1, D. h. t. ; L. 9, C. de J. D. 3, 12 ; Cf. L. 22, § 13, D. h. t. ; L. 17, § 1, L. 18, L. 19, pr., D. de R. A. J. P. 42, 3. — (16) L. un., C. de R. U. A. 3, 13.

(17) § 29, l. de act. 4, 6 ; L. un., pr., C. de R. U. A. 3, 13.

auteurs modernes. L'*actio dotis* n'a rien de personnel à l'ayant-droit : elle s'ouvre au profit de ses héritiers⁽¹⁸⁾, comme elle se transmet à eux au décès de l'ayant-droit⁽¹⁹⁾. Elle n'admet plus de rétention exceptionnelle⁽²⁰⁾. Elle est munie d'une hypothèque⁽²¹⁾, voire même d'un privilège pour la femme et ses descendants⁽²²⁾. Elle est d'ailleurs de bonne foi comme sa devancière *rei uxoriae*, nonobstant la stipulation que Justinien lui donne pour base ⁽²³⁾.

II. *Qui peut réclamer la restitution de la dot ?* D'abord, il peut y avoir lieu à la restitution de la dot au profit du constituant, en vertu d'une clause de reprise; le constituant dispose alors de l'action *ex stipulatu* ou de l'action *præscriptis verbis*, suivant que la convention de reprise forme une stipulation ou un simple pacte converti en contrat innommé par le paiement de la dot au mari⁽²⁴⁾. S'il n'y a pas eu de clause de reprise, le mari est obligé de restituer la dot à la femme⁽²⁵⁾, ou si la femme est sous puissance à elle et à son chef de famille⁽²⁶⁾, et à défaut de la femme, à ses héritiers⁽²⁷⁾; cependant, pour la dot profectice, le chef de famille de la femme est préféré aux héritiers de cette dernière⁽²⁸⁾; une opinion remontant aux glossateurs et d'après laquelle au moins les enfants de la femme passaient avant le constituant de la dot profectice, ne rencontre plus guère de partisans à l'époque moderne⁽²⁹⁾. Les conventions matrimoniales peuvent déroger à ces règles, et accorder la dot au mari à titre de gain de

(18) L. un., § 6, C. *cod.* — (19) L. un., § 4, C. *cod.* — Voyez aussi L. un., § 3, C. *cod.*

(20) L. un., § 3, C. *cod.* — Voyez cependant infra V, A du présent paragraphe.

(21) L. un., § 1, C. *cod.*

(22) § 20 i. f., I. de act. 4, 6; L. 12, § 1, C. *qui pot.* 8, 18, v^{is} *Ad hæc omnia*.
privilegium indulgimus; Nov. 61, c. 1, § 4 i. f.; Nov. 97, c. 3; Cf. Nov. 109, c. 1.

(23) L. un., § 2, C. de R. U. A. 3, 13.

(24) L. un., § 15, C. *cod.*, v^{is} *Stipulatione autem*. *civilem actionem*. — Voyez encore L. 7, C. de pact. conv. 3, 14; L. 43, D. h. t.; L. 9, L. 23, D. de pact. dotat. 23, 4, ebn. avec L. 3, C. de inutil. stipul. 8, 39. — (25) L. 2, pr., D. h. t.

(26) L. 2, pr. i. f. et § 1, L. 3, L. 34, D. h. t.; L. un., § 14, C. de R. U. A. 3, 15; L. 2, L. 7, C. h. t.; Cf. Nov. 97, c. 5. — (27) L. un., § 6, C. de R. U. A. 3, 13.

(28) L. 6, pr., D. de J. D. 23, 3, ebn. avec L. un., § 15 i. f., C. de R. U. A. 3, 13, et L. 4, C. h. t. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 220, *Anm.* 1, n° 2, b, aa. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 499 et note 4. — (29) VANGEROW, *Lehrb.* I, § 200, *Anm.* 1, n° 2, b, bb.

survie; mais s'il y a des enfants du mariage, ils concourent par portions viriles avec leur père quant à la nue propriété⁽⁵⁰⁾. La loi elle-même attribue la dot au mari si la femme divorce frivolement⁽⁵¹⁾ ou donne à son mari une juste cause de divorce⁽⁵²⁾, sauf encore la nue propriété des enfants communs⁽⁵³⁾.

III. *Que comprend la restitution de la dot?* En général la restitution comprend tout ce qui a été reçu en dot.

A) Les choses non fongibles doivent être rendues en nature, dans l'état où elles se trouvent sans la faute du mari⁽⁵⁴⁾; il en résulte que le mari ne répond pas des détériorations provenant de la jouissance ou d'un accident⁽⁵⁵⁾, et que la perte fortuite le libère entièrement⁽⁵⁶⁾; par réciprocité la femme profite de tous les accroissements⁽⁵⁷⁾; si le mari a aliéné un bien dotal, il est tenu d'indemniser la femme⁽⁵⁸⁾, à moins que la chose acquise à la place ne soit elle-même devenue dotale en vertu du remploi, auquel cas c'est elle qui fait l'objet de la restitution⁽⁵⁹⁾. Quant aux choses fongibles reçues en dot, le mari en doit l'équivalent; les risques et périls sont donc à sa charge⁽⁴⁰⁾.

1° Il arrive fréquemment que les objets dotaux sont soumis à une estimation préalable, non pas dans le but d'en opérer la vente (*æstimatio venditionis causa*)⁽⁴¹⁾, mais pour fixer le montant des dom-

(50) Nov. 127, c. 3 i. f., ebn. avec l'initium; Cf. Nov. 98, c. 1, *v^{is} Quam ob rem..... sive non, et v^{is} et ususfructus quidem.....*.

(51) L. 8, § 4 initio, C. de repud. 3, 17; Nov. 117, c. 13, *v^{is} Si vero in tam impio proposito..... viri sit lucrum.*

(52) L. 8, § 3 initio, C. de repud. 3, 17; Nov. 117, c. 8, § 2, *v^{is} Si maritus..... dotem quoque habeat.*

(53) Nov. 117, c. 8, § 2, *v^{is} Si enim liberos..... liberis servetur*, et c. 13, *v^{is} Si vero in tam impio proposito..... servanda.*

(54) L. 17, pr., D. de J. D. 23, 3; L. 24, § 3, L. 66, pr., D. h. t.

(55) L. 10, pr. i. f. et § 1 i. f., D. de J. D. 23, 5. — (56) L. 18, § 1 i. f., D. h. t.

(57) L. 10, § 1 initio et § 2, L. 4, L. 69, § 9, D. de J. D. 23, 3; L. un., § 9, C. de R. U. A. 3, 13, *v^{is} Itaque partus..... voluit*; L. 78, § 4, D. de J. D. 23, 3, *v^{is} Quodsi marito.....* — (58) L. 52, pr. i. f., D. de pact. dotal. 23, 4.

(59) L. 23 i. f., L. 26-27, L. 52, D. de J. D. 23, 3; L. 78, § 4, D. eod., *v^{is} Si fundus communis..... solvi debeat.* — Voyez encore L. 16, L. 32, D. de J. D. 23, 5.

(40) L. 42, D. de J. D. 23, 5; L. 12, C. eod. 3, 12; Cf. L. 34, D. de J. D. 23, 3, et L. 22, § 13 i. f., D. h. t. — (41) § 294, II.

mages et intérêts à payer par le mari en cas de perte ou de détérioration imputables (*æstimatio taxationis causa*)⁽⁴²⁾, ce que dans le doute l'on doit présumer comme dérogeant le moins au droit commun. Parfois aussi le but de l'estimation est d'obliger le mari à restituer alternativement le bien estimé ou son estimation, au choix du mari comme débiteur de restitution ; alors la perte fortuite de la chose estimée retombe sur le mari⁽⁴³⁾ ; mais pour que l'estimation ait cette portée, une convention expresse est indispensable.

2° Relativement aux impenses faites aux biens dotaux, le mari jouit des droits et actions qui appartiennent à tout mandataire ou gérant d'affaires, selon qu'il a fait ou non l'impense en vertu d'un mandat de la femme⁽⁴⁴⁾ ; mais l'impense doit avoir un caractère extraordinaire, sinon elle est une charge de la jouissance⁽⁴⁵⁾.

B) Lorsque la dot a pour objet un droit réel ou de créance, le mari est tenu, en tant que le droit existe encore en nature, d'en faire la restitution⁽⁴⁶⁾. S'il n'existe plus en nature par suite d'une aliénation ou d'une cause d'extinction imputable au mari, celui-ci en doit la valeur⁽⁴⁷⁾. Il en est de même quand le droit constitué en dot est devenu inefficace par sa faute⁽⁴⁸⁾ ; mais le mari est excusable de ne pas avoir poursuivi pendant qu'ils étaient solvables les débiteurs de la dot, si ces débiteurs sont la femme, son père ou un tiers faisant une libéralité, puisque des motifs de convenance justifient dans ce cas l'inaction du mari⁽⁴⁹⁾.

(42) L. 21, C. de J. D. 3, 12 ; L. 50, D. h. t. ; L. 69, § 7, D. de J. D. 23, 5.

(43) L. 10, § 6, L. 11, D. de J. D. 23, 3 ; *Vatic. fragm.* 114 ; Cf. L. 11, D. de fundo dot. 23, 3, et L. 1, C. eod. 3, 23.

(44) L. un., § 3, C. de R. U. A. 3, 15, *vis Si quidem mulieris voluntas, ... sufficit actio* ; L. 7, § 1, L. 8-11, D. de imp. in res dot. fact. 23, 1.

(45) L. 12-15, L. 13-16, D. eod. ; L. 7, pr. et § 16, D. h. t. ; L. 28, § 1, D. de donat. inter V. et U. 24, 1. — Voyez aussi L. un., § 3, *vis Quodsi voluptuariæ, ... relinquitur*, C. de R. U. A. 3, 15.

(46) L. 66, L. 78, § 2, D. de J. D. 23, 3 ; L. 37, D. h. t. — L. 41, § 4, D. h. t. ; L. 81 initio, D. pro socio 17, 2.

(47) L. 48, § 1, D. de J. D. 23, 3 ; L. 44, § 1, D. h. t., *vis exactam dotem, et vis exigere et mulieri reddere*. — L. 49, D. de J. D. 23, 3 ; L. 66, § 6, D. h. t. ; L. 53, D. de J. D. 23, 3.

(48) L. 71, L. 41, § 3 initio, L. 49, D. de J. D. 23, 3 ; L. 20, § 2, D. de pact. dotat. 23, 4. — (49) L. 53, D. de J. D. 23, 3.

C) Enfin, lorsque la dotation consistait dans la libération d'une charge incombant au mari, la charge doit être rétablie⁽³⁰⁾.

IV. *Dans quels délais la dot doit-elle être restituée?* Le droit classique suivait une distinction des plus rationnelles. Il obligeait le mari à restituer immédiatement les choses non fongibles, car, cette restitution se faisant en nature, il n'existait aucun motif pour accorder un délai au mari. Par contre, les choses fongibles ne devaient être rendues qu'en trois paiements annuels d'un tiers chacun; en effet, comme le mari avait pu disposer légitimement de ces choses, il fallait lui accorder le temps nécessaire pour s'en procurer une quantité égale⁽³¹⁾. Justinien modifia arbitrairement ces règles: il ordonna la restitution immédiate des immeubles, et accorda une année au mari pour rendre les choses mobilières, fongibles ou non, et les créances⁽³²⁾; le mari en retard doit les intérêts légaux⁽³³⁾; s'il offre de payer à l'avance, il peut réclamer l'escompte⁽³⁴⁾.

V. *De l'action en restitution de la dot.* A) Cette action est tantôt l'*actio dotis*, tantôt l'*actio ex stipulatu* ou l'*actio præscriptis verbis*: c'est l'*actio dotis* si la restitution de la dot est due de plein droit; c'est l'*actio ex stipulatu* ou l'*actio præscriptis verbis* si la restitution est due en vertu d'une convention de reprise, d'une stipulation ou d'un pacte⁽³⁵⁾. Comme toujours, le demandeur doit établir le fondement de sa réclamation, c'est-à-dire le paiement effectif de la dot⁽³⁶⁾. Si le contrat de mariage mentionne la constitution d'une dot, cette mention est soumise à la même théorie que la reconnaissance d'un prêt⁽³⁷⁾, sauf pour les délais: le mari ne peut objecter le défaut de paiement de la dot s'il y a eu dix années de mariage; de plus, il doit

(30) L. 12, § 2, L. 45, § 1, *v^o Plane secutis nuptiis.....*, L. 78, pr. i. f. et § 1, D. de J. D. 23, 5; Cf. L. 37, D. h. t., *v^o Si, quum haberet..... transire*.

(31) ULPPIEN, VI, 8; L. un., § 7 initio, C. de R. U. A. 5, 15.

(32) L. 1, § 7 in medio, C. cit.; L. 24, § 3, cf. L. 60, D. h. t.

(33) L. un., § 7 i. f., C. cit. — (34) L. 24, § 2, D. h. t.

(35) Voyez supra notes 17 et 24. — (36) L. 1, C. de dote cautâ et non numer. 5, 15.

(37) L. 14, § 4 i. f., ebn. avec pr., § 4 initio, et L. 7, C. de non numer. pec. 4, 50. — T. II, § 233, III.

user de son droit endéans les trois mois après la dissolution du mariage si celui-ci a duré plus de deux ans, et endéans les douze mois s'il a duré moins longtemps⁽⁵⁸⁾. Le mari poursuivi en restitution de la dot, peut opposer la compensation et user des droits de rétention ordinaires⁽⁵⁹⁾; mais il n'est admis à retenir la dot du chef d'impenses que si celles-ci sont nécessaires, d'où la règle que les impenses nécessaires diminuent la dot de plein droit⁽⁶⁰⁾. Le mari a aussi le bénéfice de compétence⁽⁶¹⁾.

B) Depuis Justinien des garanties exceptionnelles sont accordées à la femme pour la restitution de sa dot :

1° Les biens du mari sont frappés d'une hypothèque légale privilégiée au profit de la femme et de ses descendants⁽⁶²⁾, et d'une hypothèque légale simple au profit des héritiers de la femme autres que ses descendants⁽⁶³⁾.

2° Pour autant que les biens dotaux existent encore en nature chez le mari, ils sont dévolus de plein droit et sans tradition à la femme ou à ses héritiers; en effet, la propriété du mari sur la dot n'ayant sa raison d'être que dans le mariage, doit cesser avec lui; la femme évite ainsi tout concours avec les créanciers de son mari⁽⁶⁴⁾. Justinien admet même ce droit de reprise pour les biens livrés au mari sur une estimation valant vente, quoique la dot porte alors sur l'estimation et non sur les choses estimées, si, bien entendu, le mari ne paye pas l'estimation⁽⁶⁵⁾; l'on doit en dire autant des choses

(58) L. 3, C. de dote cautâ et non numer. 3, 13; Nov. 100, et Authent. ad L. 3, C. cit.

(59) T. II, § 574, I, B. — DERNBURG, *Die Compensation nach römischem Recht* p. 162-167.

(60) L. un., § 3, C. de R. U. A. 3, 13, v^{is} *Quam enim..... quantitatem*; § 37 i. f., I. de act. 4, 6; L. 56, § 3, D. de J. D. 25, 5; L. 3, pr., D. de imp. in res dot. fact. 23, 1; Cf. L. un., § 3, C. de R. U. A. 3, 15, v^{is} *si quidem mulieris voluntas.....*

(61) § 37 initio, I. de act. 4, 6; L. 12 initio, L. 13, § 2, L. 16, L. 17, § 2, L. 18, pr., D. h. t.; L. 17 i. f., D. de re judic. 42, 1. — T. I, § 187, III, 2°.

(62) § 29 i. f., I. de act. 4, 6; L. 12, § 1, C. qui pot. 8, 18, v^{is} *Ad hæc omnia..... privilegium indulgemus*; Nov. 61, c. 1, § 4 i. f.; Nov. 97, c. 5; Cf. Nov. 109, c. 1.

(63) L. un., § 1, C. de R. U. A. 3, 15.

(64) L. 50, C. de J. D. 3, 12, v^{is} *In rebus dotalibus..... plenissime consulatur*; Nov. 91, c. 1, v^{is} *Hic igitur..... nullo privilegio indiget*.

(65) L. 50, C. cit., v^{is} *sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint*.

acquises avec l'argent dotal quand le mari demeure en défaut de restituer cet argent⁽⁶⁶⁾. Mais à notre avis, la femme n'est appelée à exercer ses reprises qu'entre les mains du mari, et pas contre les tiers détenteurs auxquels le mari a transféré, soit des choses mobilières, soit des immeubles aliénables ; car rien ne prouve que Justinien ait voulu annihiler le droit d'aliéner du mari ; c'est aussi l'opinion très-générale des interprètes modernes⁽⁶⁷⁾.

II. De la donation à cause de mariage ou de la contre-dot, § 297.

C. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis 5, 3.

BURCHARDI. *Archiv für die zivilistische Praxis* IX, p. 197 sq. (1826).

WARNKOENIG. *Eod.* XIII, p. 1 sq. (1830).

VON LÖHR. *Eod.* XV, p. 431 sq. (1832), XVI, p. 1 sq. (1833), et XXX, p. 323 sq. (1847).

D'HAUTHUILLE. *Revue des revues de droit* II, p. 571-579 (1859), III, p. 1-15 (1840), et VII, p. 184-186 (1845). Bruxelles.

FRANCKE. *Eod.* XXVI, p. 63 sq. (1845).

I. *Historique*. Le germe de la donation à cause de mariage se trouve dans les présents que les fiancés avaient l'habitude de faire à leurs futures⁽¹⁾. Mais jusqu'aux empereurs Justin et Justinien, une fois le mariage conclu, comme les donations entre époux étaient prohibées, le mari se trouvait dans l'impossibilité de rien donner en vue des charges du mariage ; à la vérité, la loi avait admis les constitutions de dot pendant le mariage, mais les donations du mari correspondantes à la dot étaient demeurées défendues. Justin et Justinien levèrent cette prohibition, Justin pour le cas où la dot de

(66) L. 22, § 15 i. f., D. h. t.; L. 34, D. de J. D. 25, 3.

(67) Arg. L. 50, C. cit., vis *si tamen exstant (res in dotem datae)*, ebn. avec L. 6, § 3 i. f., C. de sec. nupt. 5, 9, et L. 12, § 1 in medio, C. qui pot. 8, 18. — Voyez en notre sens ZIMMERN, *Geschichte des R. P. R.* II, § 160 et note 14. — MEYER, in *Schweppe's R. P. R.* IV, § 690. — GÖSCHEN, *Forles.* III (1), § 695, II, 1°. — BURCHARDI, *Lehrb.* II, § 112, II, 1°, et note 26. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* II, § 267 et note 3. — PUCHTA, *Pand.* § 142 i. f.; *Vorles.* I, *eod.*; *Erlanger Jahrb.* III, p. 42-43. — KELLER, *Pand.* § 398 i. f. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 220, texte 7. — ARNDTS, *Lehrb.* § 411 et *Ann.* — WINDSCHIED, *Lehrb.* II, § 305, 2°, et note 7. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 180, 2° i. f. — Contra UNTERHOLZNER, *Verjährungslehre* I, § 80. — NAMUR, *Institutes* II, § 592, 4, 5°. — BECHMANN, I. c. II, p. 470 sq. — Cf. SIXTENS, *Civilrecht* II, § 153, *Ann.* 12.

(1) Arg. L. 20, pr. initio, C. h. t.; Cf. L. 9-10, C. de pact. conv. 5, 14.

la femme était augmentée dans le cours du mariage⁽²⁾, Justinien en dehors de cette condition⁽³⁾; dès ce moment l'expression de *donatio ante nuptias* étant devenue trop étroite, Justinien lui substitua celle de *donatio propter nuptias*⁽⁴⁾.

II. *Législation de Justinien.* Il résulte de cet aperçu historique que le but de la donation à cause de mariage est d'aider le mari à supporter les charges de la vie commune; c'est la part contributoire du mari à ces charges, comme la dot forme la part contributoire de la femme; au fond la donation à cause de mariage est une dot du mari, une contre-dot (*contrados, antidos*); Justinien lui-même l'appelle *antipherna*⁽⁵⁾. Telle est l'idée bien simple qui sert de base à cette institution byzantine si longtemps mal comprise⁽⁶⁾. A titre de contre-dot, la donation à cause de mariage a une théorie parfaitement corrélatrice à celle de la dot; en voici les éléments essentiels :

1° Par cela seul que le mari jouit d'une dot, il a l'obligation de fournir une donation nuptiale⁽⁷⁾; celle-ci doit même être d'un montant équivalent à celui de la dot⁽⁸⁾, d'où la conséquence que la dot de la femme étant augmentée durant le mariage, la contre-dot doit recevoir la même augmentation⁽⁹⁾; d'autre part, la donation du mari ne peut excéder le montant de la dot, sinon elle est réputée une libéralité ordinaire faite personnellement à la femme⁽¹⁰⁾. Mais alors même qu'aucune dot n'aurait été fournie du côté de la femme, il existe pour le mari une obligation naturelle de faire une donation

(2) L. 19, pr. et § 1, C. h. t. — (3) L. 20, pr. initio, C. h. t.

(4) L. 20, pr. initio et § 1 initio, C. h. t.

(5) L. 20, pr., C. h. t., *vis quasi antipherna hæc possunt intelligi, cf. vis donationes mulieribus dare propter dotis dationem, et vis propter dotem... factæ.*

(6) VANGEROW, *Lehrb.* I, § 222, *Ann.* — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 508 initio.

(7) Nov. 91, c. 2, et Authent. *Dotis data*, ad L. 20, pr., C. h. t.

(8) L. 9-10, C. de pact. conv. 3, 14; Nov. 22, c. 20, pr.; Nov. 97, c. 1; Authent. *Æqualitas*, ad L. 9, C. de pact. conv. 3, 14; Cf. L. 20, pr., C. h. t., *vis Sin autem donatio....., chn. avec L. 9-10, C. de pact. conv. 3, 14.*

(9) Nov. 97, c. 2, et Authent. ad L. 19, C. h. t.

(10) L. 19, pr. initio et § 1 initio, L. 20, pr., *vis ita tamen, ut dotis quantitatem non excedant, et vis ut æquis passibus....., C. h. t.; Nov. 97, c. 2, vis semper tamen quantitas æqualis sit; Nov. 119, c. 1.*

nuptiale; le père du mari et, à son défaut, l'aïeul sont civilement tenus d'en constituer une à leur enfant sans fortune⁽¹¹⁾.

2° La donation à cause de mariage est comme la dot dispensée de l'insinuation⁽¹²⁾.

3° Les conventions matrimoniales relatives à l'un des apports s'étendent de plein droit à l'autre⁽¹³⁾.

4° Les effets de la constitution d'une donation nuptiale, quant aux droits respectifs des conjoints, sont identiques à ceux de la dotation⁽¹⁴⁾.

5° A la dissolution du mariage, le sort de la donation nuptiale est réglé avant tout par les conventions des parties⁽¹⁵⁾. En l'absence de pareilles conventions, la donation reste au mari, car elle a rempli sa destination⁽¹⁶⁾. Cependant, lorsque le mariage est dissous par la mort du mari, la donation à cause de mariage est acquise comme gain de survie à la femme⁽¹⁷⁾, sauf que s'il y a des enfants du mariage, ils concourent par portions viriles avec leur mère pour la nue propriété⁽¹⁸⁾; cette règle ne s'applique à la dot que lorsqu'une convention expresse l'attribue au mari pour le cas de survie⁽¹⁹⁾. De plus, à l'imitation de ce qui a lieu pour la dot⁽²⁰⁾, la donation nuptiale profite à la femme si le mari divorce sans motifs⁽²¹⁾ ou fournit à sa femme

(11) L. 7, C. de dotis promiss. 3, 11, v^{is} Neque enim leges..... progenie.

(12) Nov. 119, c. 1, et 127, c. 2; Cf. L. 51, pr. et § 1, C. de J. D. 3, 12.

(13) L. 9, C. de pact. conv. 3, 14; L. 20, pr., C. h. t., v^{is} Sin autem donatio.....; Nov. 22, c. 20, pr.

(14) L. 29, C. de J. D. 3, 12; Nov. 61, c. 1, pr., § 1 initio et § 4, cf. § 1 i. f., 2 et 3.

(15) L. 7, C. h. t.; L. 51, § 1, C. de J. D. 3, 12, v^{is} nisi donator et hic sibi reddi hujusmodi casu fuerit stipulatus, et v^{is} nisi et hic donator eam sibi stipulatus sit; Nov. 22, c. 52 i. f. — Nov. 97, c. 1, v^{is} Dotalia igitur instrumenta..... maueat, ebn. avec le surplus du c. 1; Nov. 22, c. 20, pr. initio; Nov. 2, c. 2, pr., v^{is} Sin vero omnes....., et § 1; Nov. 22, c. 26, v^{is} ut, si pluribus existentibus liberis..... iustitati moriantur.

(16) L. 18, C. h. t.; Nov. 22, c. 20, § 1. — (17) L. 11, C. h. t.

(18) Nov. 127, c. 3; Cf. Nov. 98, c. 1, v^{is} contra si vir moriatur..... omnimodo servetur, et v^{is} et ususfructus quidem..... — (19) § 296, II i. f.

(20) § 296, II i. f., et § 500, II.

(21) L. 8, § 3 i. f., C. de repud. 3, 17; Nov. 117, c. 13, v^{is} Si maritus matrimonium..... reddere.

une cause légitime de divorce⁽²²⁾, sous réserve de la nue propriété des enfants communs⁽²³⁾.

6° Les droits de la femme du chef de la donation nuptiale sont garantis par une hypothèque légale sur tous les biens du mari⁽²⁴⁾, et par un droit de reprise quant aux choses qui existent encore en nature chez le mari⁽²⁵⁾.

SECTION II. — DES EFFETS DU MARIAGE PAR RAPPORT AUX ENFANTS.

D. *de agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis* 23, 3.

C. *de alendis liberis ac parentibus* 3, 23.

§ 298. Comment se détermine la paternité légitime.

1. La paternité légitime a pour base la conception ou la naissance dans le cours du mariage; de là l'adage célèbre : *pater is est, quem nuptiæ demonstrant*⁽¹⁾. En conséquence :

1° Le mari est réputé père de tous les enfants qui viennent à naître à partir du commencement du septième mois, ou du cent quatre-vingt-deuxième jour du mariage⁽²⁾, jusqu'à la fin du dixième mois après sa dissolution⁽³⁾. Ce principe se fonde à la fois sur une présomption de fidélité conjugale, et sur ce que la gestation d'un enfant viable variant entre six et dix mois⁽⁴⁾, l'enfant mis au monde entre l'une des deux époques extrêmes prémentionnées peut appartenir au mari; or dans le doute il fallait se prononcer en sa faveur. Mais ce n'est là qu'une présomption; le mari la fait tomber en établissant,

(22) L. 8, § 4 i. f., C. *de repud.* 5, 17; Nov. 117, c. 8, § 2, *vib Et si quidem..... accipiat*, c. 9, § 4, *vib Vel si..... lucrari*, et § 5, *vib Si maritus..... recipere*.

(23) Nov. 117, c. 8, § 2, *vib ita ut si..... servando*, c. 9, § 4, *vib Si enim liberos..... continentur*, et § 5, *vib ita tamen ut..... servando*, c. 13, *vib Si maritus matrimonium..... liberis servetur*. — *Infra* § 300, II.

(24) Nov. 109, c. 1; Cf. L. 12, § 2, C. *qui pot.* 8, 18, et Nov. 97, c. 3 i. f.

(25) Nov. 61, c. 1, pr. i. f., et Authent. *Permissa est*, ad L. 20, pr., C. *h. t.*

(1) L. 3 i. f., D. *de in jus voc.* 2, 4.

(2) L. 12, D. *de statu hom.* 1, 3, chn. avec L. 5, § 12, D. *de suis et legit. hered.* 38, 16; L. 9, C. *de patr. potest.* 8, 47.

(3) Arg. L. 3, § 11, D. *de suis et legit. hered.* 38, 16; L. 29, pr., D. *de lib. et posth. hered.* 28, 2; L. 4, C. *de posth. hered.* 6, 29. — (4) PAUL, IV, 9, § 5.

soit l'impossibilité physique où il s'est trouvé de cohabiter avec sa femme pendant toute la période attribuée à la conception⁽⁵⁾, soit son impuissance d'engendrer⁽⁶⁾; l'adultère de la femme n'est pas une cause de désaveu, car il n'en résulte point d'une façon nécessaire que le complice de la femme soit le père de l'enfant⁽⁷⁾.

2° Les enfants simplement nés pendant le mariage, c'est-à-dire venus au monde avant le cent quatre-vingt-deuxième jour du mariage, sont encore attribués au mari. On a considéré que de fait ils sont le plus souvent procréés par lui avant le mariage, et dès lors il était juste que le mariage subséquent des père et mère couvrit le vice de la conception⁽⁸⁾; aussi le mari est-il admis à désavouer ces enfants par sa seule volonté, sans devoir motiver son désaveu⁽⁹⁾. Telle est la législation de Justinien; le droit classique déclarait illégitimes les enfants simplement nés pendant le mariage⁽¹⁰⁾.

II. L'action en reconnaissance de la paternité légitime est l'action *de partu agnoscendo*⁽¹¹⁾; elle se donne à l'enfant, à sa mère ou à son tuteur⁽¹²⁾ contre le mari ou son chef de famille⁽¹³⁾. Mais quand le mari est mort en laissant un enfant *impubère*, le prêteur doit examiner s'il ne convient pas aux intérêts de l'enfant de surseoir au jugement de la question d'état jusqu'après la puberté, afin que l'enfant puisse à cette époque défendre lui-même l'un de ses droits les plus précieux⁽¹⁴⁾; si cet intérêt existe, et que la réclamation ne paraisse pas ouvertement mal fondée⁽¹⁵⁾, le prêteur diffère le débat,

(5) L. 6, D. *de his, qui sui vel al. jur. sunt* 1, 6, *vis cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa*; L. 1, § 14, D. *de agnosc. et al. lib.* 23, 3, *vis si esse satis..... idcirco rejecerit*.

(6) L. 6, D. *de his, qui sui v. al. jur. sunt* 1, 6, *vis vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit*. — (7) L. 11, § 9 i. f., D. *ad leg. Jul. de adult.* 48, 3.

(8) L. 11, C. *de natur. lib.* 3, 27, *vis et multo magis..... favore facimus liberorum*; Nov. 89, c. 8, § 1, *vis Atque hoc..... spectaretur*.

(9) Arg. L. 6, D. *de his, qui sui v. al. jur. sunt* 1, 6.

(10) Arg. Ulpian, V, 10 initio; L. 11-12, D. *de statu hom.* 1, 3, *chn.* avec les citations de la note 8. — (11) L. 3, § 1-2, D. *h. t.*; Cf. § 13, l. *de act.* 4, 6.

(12) L. 3, § 3 i. f., D. *de Carbon. ed.* 37, 10. — (13) L. 3, § 2, D. *h. t.*

(14) L. 3, § 3, D. *de Carbon. ed.* 37, 10, *vis Hoc autem diligentissime.....*

(15) L. 3, § 4 *chn.* avec § 5, D. *eod.*

et accorde provisoirement à l'enfant l'envoi en possession des biens du défunt⁽¹⁶⁾; c'est la *bonorum possessio Carboniana*, ainsi appelée d'après le préteur Carbon qui l'introduisit.

III. *Quid* en cas de grossesse de la femme veuve ou divorcée? Distinguons le veuvage du divorce.

1° Si une veuve se prétend enceinte, elle doit en faire la dénonciation aux intéressés pour que son état soit examiné⁽¹⁷⁾. Sous cette condition, et à moins que sa grossesse n'ait paru invraisemblable⁽¹⁸⁾, elle peut demander l'envoi en possession des biens de son mari, la *bonorum possessio ventris nomine*⁽¹⁹⁾, avec le droit de retirer de la succession les aliments nécessaires à sa subsistance⁽²⁰⁾; mais l'administration des biens héréditaires appartient à un curateur *ad hoc* (curateur au ventre)⁽²¹⁾. Si la femme met effectivement au monde un enfant viable⁽²²⁾, l'envoi en possession tombe⁽²³⁾, sauf qu'il peut y avoir lieu à une *bonorum possessio Carboniana* conformément aux explications antérieures⁽²⁴⁾.

2° Si c'est une femme divorcée qui se croit enceinte, elle doit en faire la dénonciation à son ancien mari, ou à son chef de famille s'il est sous puissance paternelle⁽²⁵⁾, recevoir les gardiens que le mari peut lui envoyer, et se laisser inspecter⁽²⁶⁾. Moyennant l'observation de ces prescriptions, elle a la faculté de réclamer des aliments à titre provisoire pour elle et plus tard pour l'enfant qui viendrait à

(16) L. 1, pr., L. 7, § 4, cf. L. 5, § 14, D. *cod.*

(17) L. 1, § 10, v^o *De inspiciendo ventre. ventrem tangat*, § 11, 12 et 14, D. *de inspic. vent.* 25, 4. — (18) L. 1, § 10, v^o *Si cui ventrem.*, et § 15, L. 2, § 1, D. *cod.*

(19) L. 1, pr., D. *de vent. in poss. mitt.* 57, 9.

(20) L. 1, § 19-20, L. 4, L. 5, pr., D. *cod.* — (21) L. 1, § 17, 18 et 25, cf. § 24-26, D. *cod.*

(22) Cf. L. 1, § 10, v^o *Mulier in domu. ostendatur*, D. *de vent. inspic.* 25, 4, *cbn.* avec L. 1, § 3 i. f., 4 et 28, L. 5, D. *de vent. in poss. mitt.* 57, 9, et avec les titres du Digeste *si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur* 25, 5, et *si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causa esse dicatur* 25, 6. — (23) L. 1, § 27 initio, D. *de vent. in poss. mitt.* 57, 9.

(24) Voyez supra II du présent paragraphe.

(25) Part., II, 24, § 5 initio; L. 1, § 1-5, 5 et 9, L. 5, § 1 initio, D. *h. t.*; Cf. L. 1, § 7 et 10, D. *h. t.* — (26) Arg. L. 1, § 3 i. f. et 6, D. *h. t.*

naître⁽²⁷⁾. Si elle ne fait pas la notification ou refuse les gardiens envoyés par son mari, celui-ci est admis à établir par tous moyens de preuve qu'il n'est pas le père de l'enfant, car toutes les présomptions sont contre la mère qui a caché son état⁽²⁸⁾; d'autre part, on admet difficilement le désaveu du mari qui n'a pas protesté contre la grossesse ou n'a pas envoyé de gardiens, puisqu'il a semblé reconnaître sa paternité⁽²⁹⁾; que si les deux parties ont fait leur devoir, on rentre dans le droit commun sur la preuve de la paternité⁽³⁰⁾. Cette matière fut réglée par un sénatus-consulte Placien qui date sans doute de Vespasien⁽⁵¹⁾. — En sens inverse, quand le mari qui vient de divorcer, croit que sa femme est enceinte, il peut la faire inspecter⁽⁵²⁾, et si l'inspection prouve la possibilité d'une grossesse, la faire surveiller⁽⁵³⁾ jusqu'à ce qu'elle soit délivrée, ou qu'il soit constaté qu'elle n'est pas enceinte⁽⁵⁴⁾. Tel fut l'objet d'un rescrit de Marc-Aurèle et de Lucius Verus⁽⁵⁵⁾, dont le but était de prévenir des suppressions de part⁽⁵⁶⁾, tandis que les deux théories précédentes contiennent des garanties contre des suppositions ou des substitutions de part⁽⁵⁷⁾.

IV. Comment se prouve la paternité légitime? Il existe à cet égard quatre moyens subsidiaires les uns aux autres.

1° Le premier consiste dans les registres de naissance. Déjà sans doute sous la république il était usuel, surtout dans les classes supérieures de la société, de constater la naissance par écrit. Au commencement de l'empire, nous trouvons à plusieurs reprises la mention de registres publics destinés à recevoir les déclarations de

(27) Arg. L. 1, § 15, cf. 14 initio et 15 i. f., D. h. t.

(28) PAUL, II, 24, § 6; L. 1, § 6, 15 et 15 initio, D. h. t.

(29) L. 1, § 4-12, 14 initio et i. f., 15 i. f. et 16, L. 2, L. 3, pr., D. h. t.

(30) PAUL, II, 24, § 5 i. f.; L. 1, § 11, D. h. t.

(51) L. 1, pr. initio et § 10, ebn. avec L. 3, § 1, D. h. t.

(52) PAUL, II, 24, § 7; L. 1, pr., *vis Temporibus..... eam inspiciant*, § 5-7 et 9, D. de insp. vent. 25, 4; Cf. L. 1, § 2-4, D. eod.

(53) PAUL, II, 24, § 8; L. 1, pr., *vis et si quidem..... desiderasset*, et *vis si autem.....*, D. eod. — (54) L. 1, pr., *vis Quodsi enixa..... injuriam*, et § 8, D. eod.

(55) L. 1, pr. initio, D. eod. — (56) Cf. L. 1, § 1 initio, D. eod.

(57) L. 1, pr., D. h. t.; L. 1, § 15 in medio, D. de insp. vent. 25, 4.

naissance⁽³⁸⁾. Marc-Aurèle rendit ces déclarations obligatoires en chargeant de les recevoir, à Rome les préfets de l'*ærarium*, et dans les provinces des magistrats municipaux appelés *tabularii*, qu'il paraît avoir institués à cette fin⁽³⁹⁾. Le père devait faire la déclaration endéans les trente jours⁽⁴⁰⁾; elle prouvait pleinement sa paternité⁽⁴¹⁾ et le mariage⁽⁴²⁾.

2° A défaut de registres de l'état civil, l'enfant est admis à invoquer la possession d'état d'enfant légitime; la vérification de cette possession est une question de fait sur laquelle nos sources ne nous fournissent aucun renseignement particulier⁽⁴³⁾.

3° Subsidiairement l'enfant peut invoquer, soit une reconnaissance émanée de son père et signée de trois témoins, soit le testament paternel⁽⁴⁴⁾.

4° En dernier lieu vient la preuve testimoniale, qui exige cinq témoins ou trois avec un commencement de preuve par écrit⁽⁴⁵⁾.

§ 299. Des rapports entre parents et enfants légitimes.

Ces rapports sont les onze suivants; mais les quatre derniers (n° 8-11) sont plutôt des effets de la puissance paternelle, c'est-à-dire des droits appartenant au seul chef de famille.

I. Avant tout il existe entre ascendants et descendants une obligation alimentaire réciproque, en vue de laquelle fut établie une *cognitio extraordinaria*⁽¹⁾.

(38) SÉTONE, *Tibère* 3; JUVENAL, *Satyres* IX; L. 8, D. de statu hom. 1, 3.

(39) CAPITOLIN, *Marc-Aurèle* 9; Voyez encore *Fragm. Dosith.* 17^b et SÉTONE, *Cutigula* 8. — (40) CAPITOLIN, l. c.; Cf. L. 16 ebn. avec L. 29, § 1, D. de probat. 22, 5.

(41) L. 13, § 1, C. de testib. 4, 20, vis quodsi tale sit instrumentum.; Nov. 117, c. 2, vis vel ad acta (Vulgate: sive in gestis monumentorum); Cf. L. 29, § 1, D. de probat. 22, 5, et L. 13, C. de liber. causa 7, 16, vis nec falsa simulatio veritatem minuit.

(42) Nov. 117, c. 2 i. f.; Cf. L. 2, § 1, D. de excus. 27, 1.

(43) Arg. L. 8, L. 14, sin vero in possessione. contendat, D. de probat. 22, 5.

(44) Nov. 117, c. 2 initio.

(45) L. 13, § 1, C. de testib. 4, 20, vis Opus autem est. tribus testibus; Cf. L. 29, pr., D. de probat. 22, 5.

(1) Arg. rubrique L. 3, D. h. t., Ulpian libro II. de officio consulis.

1° Du côté des ascendants sont successivement tenus, l'un à défaut de l'autre, le père⁽²⁾, la mère⁽³⁾, les aïeuls paternels⁽⁴⁾, les aïeuls maternels⁽⁵⁾, et ainsi de suite⁽⁶⁾; les descendants sont tenus d'après la priorité du degré⁽⁷⁾. De plus, le beau-père et la belle-mère doivent des aliments au conjoint de leur enfant⁽⁸⁾, et réciproquement⁽⁹⁾.

2° L'obligation alimentaire comprend tout ce qui est nécessaire à la vie du corps, nourriture, logement et vêtement⁽¹⁰⁾, ainsi que les frais d'éducation des enfants⁽¹¹⁾. D'autre part, elle a pour double base le besoin de l'ayant-droit et l'aisance ou la fortune de l'obligé⁽¹²⁾; il en résulte qu'elle varie non-seulement d'un cas à un autre, mais encore entre les mêmes personnes, suivant que le besoin ou l'aisance augmente ou diminue, et elle cesse complètement avec le besoin ou l'aisance.

II. Il y a entre ascendants et descendants un droit réciproque de succession *ab intestat*⁽¹³⁾.

III. Les ascendants sont investis de la tutelle légitime de leurs descendants impubères⁽¹⁴⁾.

IV. Les ascendants et descendants sont dispensés de l'obligation de déposer en justice les uns contre les autres⁽¹⁵⁾.

V. Les père et mère débiteurs de leurs enfants jouissent vis-à-vis d'eux du bénéfice de compétence⁽¹⁶⁾.

VI. A cause du respect dû aux parents, l'enfant n'est pas admis à

(2) L. 3, § 1 et 6, L. 4, D. h. t. — (3) L. 3, § 14, D. h. t.; Nov. 117, c. 7.

(4) L. 3, § 3 cbn. avec § 2 initio, D. h. t.

(5) L. 3, § 3 et 5, cbn. avec § 2 i. f., D. h. t.; L. 8, D. eod.; Nov. 117, c. 7 i. f.

(6) L. 3, § 3 cbn. avec § 2, D. h. t.

(7) L. 1, C. h. t.; L. 3, § 1 i. f., 2 et 13, D. h. t.; Nov. 117, c. 7 i. f.

(8) Arg. L. 8 i. f., D. h. t. — (9) Arg. des textes de la note 7.

(10) L. 1, § 19, D. de vent. in poss. mitt. 57, 9; L. 43-44, L. 254, § 2, D. de V. S. 50, 16. — (11) L. 3, § 12, D. h. t.; L. 6, § 3, D. de Carbon. ed. 57, 10.

(12) L. 3, § 7, 10 initio et 13, cf. § 19 et 23, D. h. t.; L. 1, § 19 i. f., D. de vent. in poss. mitt. 57, 9; L. 2-4, C. h. t. — (13) Infra § 524, I, A-B. — (14) T. I, § 47, I et III.

(15) L. 4 initio, D. de testib. 22, 3. — T. II, § 283, 1°, cf. 2°.

(16) § 58, I. de act. 4, 6; L. 16 i. f., D. de re judic. 42, 1. — T. I, § 187, III, 1°.

les poursuivre par des actions infamantes, mais seulement par des actions *in factum* (17).

VII. Les père et mère ont le droit et le devoir d'éduquer leurs enfants; ils disposent à cette fin d'un droit de correction (18). Pendant le mariage le père exclut la mère, à moins qu'il n'existe des motifs graves pour enlever l'éducation au père (19). Le mariage dissous, l'éducation appartient au conjoint survivant, et en cas de divorce au conjoint désigné par le juge (20).

VIII. Les enfants sont tenus de résider avec leur chef de famille (21); contre le tiers qui les détient, le père de famille a l'interdit de *liberis exhibendis et ducendis* (22), et même la revendication (23). Les enfants ont d'ailleurs de plein droit le domicile de leur père comme domicile d'origine (24).

IX. Le chef de famille et, dans certains cas, les parents comme tels sont appelés à consentir au mariage de l'enfant (25).

X. Le chef de famille a le droit de nommer un tuteur à son enfant impubère; les parents comme tels peuvent en présenter un (26).

XI. Enfin, le chef de famille peut faire le testament de son enfant impubère pour l'éventualité de sa mort avant la puberté (27); de plus, tout ascendant a le droit de tester à la place d'un descendant en démence pour le cas où il mourrait dans cet état (28).

(17) L. 2 ebn. avec L. 3-6, L. 7, pr., cf. § 2, D. de obseq. parent. et patr. prast. 37, 15; Cf. L. 32, § 6, D. de furt. 47, 2.

(18) L. 3, C. de patr. potest. 8, 47; L. un., C. de emendat. propinq. 9, 13. — Infra § 510, II. — (19) L. 1, § 3, L. 3, § 3, D. de lib. exhib., item duc. 43, 50.

(20) L. un., C. de div. facto 3, 24; Nov. 117, c. 7, et Authent. ad L. cit. — Infra § 501, I i. f.

(21) L. 1, § 2, D. de R. V. 6, 1; L. 3, pr., § 1-3, L. 3 i. f., D. de lib. exhib. 43, 50.

(22) L. 3, pr., § 1-3, L. 3 i. f., D. de lib. exhib. 43, 50.

(23) L. 1, § 2, D. de R. V. 6, 1. — T. I, § 121.

(24) L. 3-4, L. 17, § 11, D. ad munic. 30, 1. — T. I, § 54, II, A.

(25) § 289, I, C. — (26) T. I, § 46. — (27) Infra § 529, II. — (28) Infra § 329, III.

CHAPITRE III. — DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

D. de divortii et repudiis 24, 2;

C. de repudiis et iudicio de moribus sublato 3, 17.

§ 500. Des causes de dissolution du mariage.

Ces causes sont de deux espèces :

I. D'abord vient la mort⁽¹⁾ et la grande diminution de tête de l'un des époux, car un mariage légal n'existe qu'entre personnes libres⁽²⁾. Cependant la captivité de guerre d'un époux, tout en impliquant une grande diminution de tête, ne dissout pas le mariage; elle ne constitue qu'une juste cause de divorce, lorsque cinq ans se sont écoulés sans nouvelles du captif⁽³⁾. La moyenne⁽⁴⁾ et la petite⁽⁵⁾ diminution de tête sont sans influence sur le mariage, puisque celui-ci n'exige ni la cité ni la qualité de père de famille.

II. La seconde cause de dissolution du mariage est le divorce.

Wächter (K.). *Ueber Ehescheidungen bei den Römern*. Stuttgart, 1822.

Strippelmann. *Das Ehescheidungsrecht nach gemeinem und besonders nach hessischem Rechte*. Cassel, 1834.

La loi des Douze tables accordait aux conjoints une liberté absolue de divorcer : pour défaire le mariage, il suffisait de la simple volonté de l'un des époux⁽⁶⁾; seul, le mariage religieux contracté *confarreatio* devait être dissous *diffarreatio*⁽⁷⁾; le divorce par

(1) L. 1, D. h. t.

(2) L. 1 i. f., D. cit.; L. 56, D. S. M. 24, 5; L. 3, pr., D. de bon. damnat. 48, 20; L. 24 initio, C. de donat. inter V. et U. 3, 16; Nov. 22, c. 9; Cf. Nov. 22, c. 8, et Authent. ad L. 24, C. cit.

(3) Nov. 22, c. 7; Nov. 117, c. 12; L. 6, D. h. t.; Cf. L. 43, § 6, D. de R. N. 25, 2.

(4) L. 3, § 1, D. de bon. damnat. 48, 20; L. 24 i. f., C. de donat. inter V. et U. 3, 16; L. 1, C. h. t.; Nov. 22, c. 15; Cf. L. 56, D. S. M. 24, 5.

(5) L. 12, pr., D. de R. N. 25, 2; Voyez cependant Théophile, § 2, I. de nupt. 1, 10, et L. 67, § 3, D. de R. N. 25, 2, *vis an perimuntur nuptiæ, ut in genere adoptato dictum est*.

(6) Gaius, I, 137^a; Festus, *vo Remaneipatio*; Cic., Philipp. II, 28; L. 14 i. f., C. de nupt. 3, 4; Nov. 22, c. 4.

(7) Festus, *vo Diffarreatio*; Plutarque, *Quæst. Rom. princip.* 30; Cf. Aulu-Gelle, X, 13. — Infra § 314, II, 1^o, et IV, 2^o.

la volonté unilatérale d'un conjoint s'appelait *repudium*, le divorce par consentement mutuel *divortium* proprement dit. Nonobstant cette faculté illimitée de rompre le mariage, les divorces furent assez rares à Rome pendant les cinq premiers siècles; mais dès ce moment ils prirent une extension rapide, et à partir de Cicéron ils deviennent d'une fréquence scandaleuse; de là l'intervention législative et des entraves apportées au divorce. Tandis que jusqu'ici la seule renonciation unilatérale au mariage le défaisait⁽⁸⁾, la loi Julia de adulteriis portée sous Auguste exigea que l'époux qui voulait divorcer, notifiât le divorce à son conjoint par un affranchi et en présence de sept témoins (*repudium mittere, libellus repudii*)⁽⁹⁾. A la vérité sous le bas-empire cette solennité tomba, pour faire place à l'envoi d'une simple lettre⁽¹⁰⁾; mais on frappa des peines les plus sévères l'époux qui divorçait sans motifs, et par voie de conséquence le divorce par consentement mutuel; l'on fut ainsi amené à fixer les causes légitimes du divorce. Il en résulte que dans le dernier état du droit romain le divorce pour causes déterminées, *divortium bona gratia*, est le seul qui soit pleinement reconnu par la loi; le divorce frivole et le divorce par consentement mutuel, bien que toujours permis, entraînent de fortes pénalités⁽¹¹⁾.

1° Les causes légitimes de divorce, telles qu'elles furent arrêtées après des variations fréquentes⁽¹²⁾, sont l'adultère du conjoint, pourvu que, s'il s'agit du mari, il ait introduit sa concubine dans la maison conjugale ou l'ait entretenue dans la même commune⁽¹³⁾,

(8) VALÈRE-MAXIME, II, 1, § 4; II, 9, § 2; VI, 3, § 12; PLUTARQUE, *Romulus* 6, *Numa* 5; DENYS D'Halic., II, 26; AULU-GELLE, IV, 5; XVII, 21. Ce fut en 519 que le chevalier Sp. Carvilius Roga rompit le premier arbitrairement un mariage, sous le prétexte que sa femme ne lui donnait pas d'enfants, alors que le recensement l'obligeait à jurer qu'il était marié *liberorum quærendorum causa* (!) (DE SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtl. R. W.* V, n° 7). — (9) Cic., *de orat.* I, 40 et 56.

(9) L. 9, D. h. t.; SÉNÈQUE, *Octave* 34; L. un., § 1 i. f., D. *unde vir et uxor* 38, 11; L. 33, D. *de donat. inter V. et U.* 24, 1; Cf. L. 6, C. h. t., cdu. avec L. 7, C. eod. et L. 6, D. h. t. — (10) L. 8, pr., C. h. t. — (11) Nov. 22, c. 3-4.

(12) L. 1, C. Théod. *de repud.* 3, 16; L. 2, C. Théod. eod. (Cf. L. 2, C. Théod. *de dot.* 3, 15); L. 8, § 1-3, L. 11, § 2, C. J. h. t. (Voyez encore Nov. de Théodose II, 17.)

(13) Nov. 117, c. 8, § 2 initio, et c. 9, § 3 initio. — T. II, § 291, 1, 1^o.

puis certaines injures⁽¹⁴⁾, quelques condamnations criminelles⁽¹⁵⁾, la captivité du conjoint accompagnée de l'absence de nouvelles depuis cinq ans⁽¹⁶⁾, l'entrée dans un couvent⁽¹⁷⁾, l'impuissance du mari⁽¹⁸⁾ et l'inconduite grave de la femme⁽¹⁹⁾. Non-seulement ces circonstances justifient le divorce, mais l'époux coupable est puni par la loi. Déjà anciennement le mari coupable, au lieu de jouir des trois délais annuels pour la restitution des choses fongibles reçues en dot, devait les rendre par délais semestriels, et même immédiatement s'il avait commis un adultère; quant aux choses non fongibles, sujettes de plein droit à une restitution immédiate, il devait rendre en fruits l'équivalent des intérêts dont il était privé à l'occasion de la dot fongible⁽²⁰⁾; de son côté, la femme coupable perdait au profit du mari les portions de la dot indiquées ailleurs⁽²¹⁾. Ces pénalités étaient poursuivies par l'action de *moribus*⁽²²⁾, avec laquelle concourait pour le mari un droit de rétention⁽²³⁾. En outre le mari coupable était atteint par la *nota censoria*⁽²⁴⁾. Sous Justinien ces pénalités sont remplacées par d'autres bien plus graves⁽²⁵⁾. L'époux qui fournit une juste cause de divorce, est déchu au profit de son conjoint innocent, soit de la dot ou de la donation nuptiale⁽²⁶⁾, soit, à défaut de ces apports, du quart de ses biens jusqu'à concurrence d'un maximum de cent livres d'or (environ 140 mille francs)⁽²⁷⁾, sous réserve de la nue propriété

(14) Nov. 117, c. 8, § 3, 5 et 7, c. 9, § 2-4; Cf. L. 8, § 2 i. f. et 3 i. f., C. h. t., Nov. 22, c. 13, § 1 i. f. et 2 i. f., cbn. avec Nov. 117, c. 14.

(15) Nov. 117, c. 8, § 1, et c. 9, § 1; Cf. L. 8, § 2-3, L. 11, § 2 initio, C. h. t.; Nov. 22, c. 13, § 1-2; L. 11, § 13, D. *ad leg. Jul. de adult.* 48, 5.

(16) Nov. 22, c. 7; Nov. 117, c. 12; L. 6, D. h. t. — Cf. Nov. 117, c. 11, cbn. avec Nov. 22, c. 14, pr. — (17) Nov. 22, c. 5, et Nov. 117, c. 12.

(18) L. 10, C. h. t.; Authent. *ad h. l.*; Nov. 22, c. 6; Nov. 117, c. 12.

(19) Nov. 117, c. 8, § 4 et 6; Cf. L. 8, § 2 i. f. et 3 in medio, L. 11, § 2 initio, C. h. t.; Nov. 22, c. 13, § 1 i. f. et 2 in medio. — (20) ULPPIEN, VI, 13.

(21) ULPPIEN, VI, 10 et 12 (§ 296, 1, A, 2°, b). — Voyez cependant L. 39, L. 47, D. S. M. 24, 3.

(22) L. 1, C. Théod. *de dot.* 3, 13; GAUS, IV, 102 i. f.; L. 3, pr. initio, D. *de pact. dotal.* 23, 4. — (23) ULPPIEN, VI, 9-12. — T. II, § 296, 1, A, 2°, b.

(24) AULU-GELLE, X, 23; Cic., *Topica* 4.

(25) L. 11, § 2 i. f., C. h. t., cbn. avec L. un., § 3 initio, C. *de R. U. A.* 3, 13.

(26) L. 8, § 4 initio et 5 initio, C. h. t.; Nov. 22, c. 13, § 1 i. f. et 2 i. f.

(27) L. 11, § 1, C. h. t., *vis Si vero... ipse... pœna servetur*; Nov. 22, c. 18.

pour les enfants nés du mariage⁽²⁸⁾. Il y a plus : en cas d'adultère, la succession du coupable est ouverte sur-le-champ⁽²⁹⁾, et la femme adultère mise dans un couvent⁽³⁰⁾; après que le conjoint innocent a exercé les droits précités, les biens du mari adultère sont déferés à ses descendants ou ascendants, et à leur défaut, au fisc⁽³¹⁾; ceux de la femme adultère appartiennent également à ses descendants ou ascendants, mais après attribution d'un tiers ou des deux tiers au couvent dans lequel la femme a été séquestrée, le tiers si les héritiers sont des descendants, les deux tiers si ce sont des ascendants; à défaut de tels héritiers, le couvent obtient le tout⁽³²⁾. La femme coupable ne peut se remarier avant cinq ans⁽³³⁾.

2° Si un divorce a lieu en dehors des causes légales, fût-ce par suite d'un consentement mutuel, le droit de Justinien punit l'époux ou les époux qui divorcent frivolement, de peines analogues à celles portées contre la femme adultère⁽³⁴⁾; en cas de divorce par consentement mutuel, la dot ou la donation nuptiale demeure confondue avec le reste du patrimoine des époux.

§ 501. Des effets de la dissolution du mariage.

I. *Règles générales.* En principe lorsque le mariage est dissous, les époux reprennent leur dot ou leur contre-dot. Néanmoins, le mariage est souvent l'occasion d'acquisitions importantes connues

(28) L. 8, § 7, L. 11, § 1, *vis Hoc lucro*....., C. h. t.; Nov. 98, c. 1 i. f.; Nov. 117, c. 8, pr. i. f., et c. 9, pr. i. f.

(29) Nov. 117, c. 8, § 2, et c. 9, § 5; Nov. 154, c. 10 initio et i. f.

(30) Nov. 154, c. 10 in medio.

(31) Nov. 154, c. 10, *vis Si quando*..... *jubemus*; Cf. Nov. 117, c. 8, § 2, *vis Et si quidem adulter*....., et c. 9, § 3. — Voyez encore § 4 initio, I. de publ. jud. 4, 18; L. 50, § 1, C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9.

(32) Nov. 154, c. 10, *vis Et si quidem descendentes habeat (mulier adultera)*.....; Cf. Nov. 117, c. 8, § 2, *vis Si maritus*..... *puniatur*. — Voyez une autre peine spéciale dans la Nov. 117, c. 9, § 4. — (33) Nov. 22, c. 13, § 3 (T. II, § 289, II, C i. f.).

(34) Nov. 154, c. 11; L. 8, § 4 initio, C. h. t.; Nov. 22, c. 13, § 3; Cf. L. 11, § 1, C. h. t.; Nov. 22, c. 13, pr. initio, c. 17, § 1, et c. 18; Nov. 117, c. 15, et Authent. ad L. 8, C. h. t.; Nov. 127, c. 4.

sous le nom de gains nuptiaux (*lucra nuptialia*)⁽¹⁾; tels sont les présents entre fiancés, les libéralités entre conjoints⁽²⁾, les gains de survie⁽³⁾, et les profits légaux du divorce⁽⁴⁾; mais dans la législation de Justinien, s'il existe des enfants du mariage, ils concourent pour une portion virile avec le parent survivant quant à la nue propriété de la dot ou de la contre-dot⁽⁵⁾, nue propriété qui est garantie par une hypothèque légale sur les biens du parent usufruitier⁽⁶⁾. Relativement à l'éducation des enfants nés du mariage, il faut voir si la cause de dissolution est la mort de l'un des époux ou le divorce : dans le premier cas les enfants sont confiés au conjoint survivant⁽⁷⁾, sauf que le testament paternel peut exclure la mère et charger un tiers de l'éducation des enfants⁽⁸⁾; dans le second cas, on accorde généralement la préférence à l'époux innocent, ou à celui contre lequel le divorce a été provoqué sans motifs⁽⁹⁾; s'il s'agit d'un divorce par consentement mutuel, c'est au juge à désigner quelqu'un. Les frais d'éducation sont, comme pendant le mariage, supportés par le père, et, à son défaut, par la mère⁽¹⁰⁾.

II. Des secondes noces (*C. de secundis nuptiis* 5, 9).

A) L'ancien droit romain n'attachait aucun désavantage aux convols; ce furent les empereurs chrétiens qui, pour l'hypothèse où il existait des enfants du premier mariage et alors seulement,

(1) Nov. 22, c. 23, *v^{is} omni liberalitate a marito in eam profecta, et v^{is} rerum quæ a priore viro ad eam pervenerunt.*

(2) Nov. 22, c. 23, *v^{is} de omni alia liberalitate sive fideicommissum.*

(3) Nov. 22, c. 23, *v^{is} de donatione propter nuptias*, ebn. avec T. II, § 296, II i. f., et § 297, II, 3^o. — (4) Nov. 22, c. 50 (§ 500, II, 1^o i. f. et 2^o).

(5) Nov. 98, c. 1-2; Nov. 117, c. 8, pr. i. f., et c. 9, pr. i. f.

(6) Nov. 98, c. 1 i. f., ebn. avec L. 6, § 2-3, L. 8, § 4-5, *C. de sec. nupt.* 3, 9, et Nov. 22, c. 24. — T. I, § 163, II, 3^o. — (7) Nov. 22, c. 38; L. 1, *C. ubi pup. educ.* 3, 49.

(8) L. 1, § 10, *D. de inspic. vent.* 23, 4, *v^{is} Apud eum educetur apud quem parens jussit*; Cf. L. 1, § 1, *D. ubi pup. educ.* 27, 2; L. 7, *D. de ann. leg.* 33, 1, *v^{is} Nec tamen semper morari jussit.*

(9) Nov. 117, c. 7, *v^{is} Et si quidem pater habitent*, et Authent. ad L. un., *C. divorcio facto* 5, 24; Cf. Nov. 117, c. 7, *v^{is} Quodsi patrem liberi maneat*, Authent. ad L. un., *C. cit.*, et cette dernière loi elle-même.

(10) Nov. 117, c. 7, et Authent. ad L. un., *C. cit.* (§ 299, I, 1^o).

prireut une série de dispositions protectrices pour ces enfants, afin d'empêcher, comme il n'arrive que trop souvent, qu'ils ne soient dépouillés en faveur du second conjoint et des enfants du second lit⁽¹⁴⁾ :

1° Le parent remarié perd au profit des enfants du premier mariage la nue propriété de tous les gains nuptiaux résultant de ce mariage ; il n'en conserve que l'usufruit⁽¹²⁾.

2° Le parent remarié ne peut laisser à son nouveau conjoint au delà d'une part d'enfant du premier lit le moins prenant ; la libéralité est nulle pour le surplus⁽¹⁵⁾.

3° La mère qui convole à de secondes noces, est déchue de la tutelle sur les enfants du premier lit⁽¹⁴⁾, ainsi que du droit de faire leur éducation⁽¹³⁾.

4° La condition de ne pas convoler à un second mariage est valable, et non pas, comme la condition de ne pas se marier, réputée immorale⁽¹⁶⁾.

B) Des peines spéciales frappent la femme qui se remarie avant l'expiration de l'année (année de dix mois à l'époque classique⁽¹⁷⁾, de douze sous le bas-empire⁽¹⁸⁾). Longtemps le deuil annal fut une obligation légale pour la veuve, qui devenait infâme si elle y manquait⁽¹⁹⁾ ; mais plus tard l'infamie tomba⁽²⁰⁾, et le deuil resta un simple usage⁽²¹⁾. Il n'en demeura pas moins défendu à la femme, veuve ou divorcée, de se remarier avant un an, et à cause de son deuil et pour éviter la confusion du part⁽²²⁾ ; le convol prématuré la soumet aux peines suivantes, en dehors des désavantages du convol établis en faveur des enfants du premier lit :

(11) Nov. 22, c. 22, pr. initio.

(12) Nov. 22, c. 25-26, 50 et 52, chn. avec c. 21 ; Cf. L. 5, pr., L. 5, pr. et § 1, C. h. t. ; Nov. 2, c. 1-2. — (15) L. 6, L. 10, C. h. t. ; Nov. 22, c. 27-28 ; Cf. L. 9, C. h. t.

(14) Nov. 22, c. 58 et 40 ; Nov. 94, c. 2 ; Nov. 118, c. 5 ; Nov. 133 (T. 1, § 49, I, A, 5^a, a). — (15) L. 1 initio, C. ubi pop. educ. 5, 49 ; Nov. 22, c. 58 i. f.

(16) Nov. 22, c. 45-44 ; Cf. L. 2 5, C. de ind. viduitate et de lege Julia Miscella tollenda 6, 40. — (17) SÉNÈQUE, ep. 65 ; PAUL. 1, 21, § 15 ; VATIC. fragm. 321 i. f.

(18) L. 2, C. h. t. — (19) PAUL. 1, 21, § 15-14.

(20) ARG. L. 25, D. de his, qui not. inf. 5, 2, chn. avec PAUL. 1, 21, § 15.

(21) Nov. 22, c. 22, § 1 i. f., et Nov. 59, c. 2, pr. initio. — (22) T. II, § 289, II, C.

1° Elle encourt l'infamie (23).

2° Elle perd entièrement les gains nuptiaux provenant du premier mariage (24).

3° Elle n'a le droit de disposer au profit de son second mari que d'un tiers de ses biens (25).

4° Elle ne conserve la capacité de recevoir à cause de mort qu'*ab intestat*, et encore seulement jusqu'au troisième degré (26).

Ces peines peuvent être remises à la femme par un rescrit impérial, à condition que, s'il existe des enfants du premier mariage, la femme leur abandonne la moitié de son patrimoine en pleine propriété (27).

(23) L. 11, § 1, cbn. avec L. 1 i. f., D. *de his, qui not. inf.* 5, 2; L. 1 initio, L. 2 in medio, C. h. t.; Nov. 22, c. 22, pr. in medio, et § 1, *vis Et quæ..... imperatori supplicare.*

(24) L. 1, *vis His etiam amittendis..... jubemus*, L. 2 i. f., C. h. t.; Nov. 22, c. 22, pr., *vis neque quidquam eorum accipiet..... fruetur.*

(25) L. 1, *vis Si qua..... relinquat*, C. h. t.; Nov. 22, c. 22, pr., *vis neque secundo marito ultra tertiam substantiæ suæ partem dabit.*

(26) L. 1, *vis omnium præterea..... habere rationem*, et *vis Eandem quoque.....*, C. h. t.; Nov. 22, c. 22, pr., *vis Sed nec liberalitatem.....*, et § 1, *vis Quin neque..... habebunt heredes.*

(27) Nov. 22, c. 22, § 1, *vis nullam vero ex rescripto.....*; Cf. L. 4, C. *ad actum Tertull.* 6, 36. — Voyez encore L. 8, § 4 initio, C. *de repud.* 3, 17, et Nov. 22, c. 13, § 3.

TITRE II.

DES PUISSANCES.

L'ancien droit romain connaissait quatre puissances sur les personnes : la puissance dominicale, la puissance paternelle, le *mancipium* et la *manus* ; mais le *mancipium* et la *manus*, qui n'étaient respectivement que des variétés de la puissance dominicale et de la puissance paternelle, se sont évanouis dans la législation de Justinien.

CHAPITRE I. — DE LA PUISSANCE DOMINICALE ; § 301^{bis}.

I. NOTION ET ACQUISITION. La puissance dominicale (*dominica potestas*) est celle qui s'exerce sur les esclaves. Elle s'acquiert :

1^o Par la captivité de guerre⁽¹⁾, par l'adjudication pour dettes⁽²⁾ ou à titre de peine ; la privation de la liberté atteignait surtout ceux qui se soustrayaient au service militaire⁽³⁾ ou au recensement⁽⁴⁾, ceux qui se faisaient vendre comme esclaves, dans l'intention de revendiquer ensuite leur liberté et de frustrer l'acheteur du prix de vente, pourvu qu'ils fussent âgés de vingt ans⁽⁵⁾, la femme libre

(1) § 4 initio *cbn.* avec § 3, I. *de jure person.* 1, 3; L. 3, § 1 i. f., *cbn.* avec L. 4, § 2 3, D. *de statu hom.* 1, 3. — (2) AULGELLE, XX, 1.

(3) L. 4, § 10 initio, D. *de re milit.* 49, 16. — (4) ULPIN, XI, 11 initio.

(5) § 4 i. f., I. *de jure person.* 1, 3; § 1 i. f., I. *de cap. demin.* 1, 16; L. 3, § 1 initio, D. *de statu hom.* 1, 3; L. 1, L. 3, D. *quib. ad libert. procl. non lic.* 40, 13; Cf. L. 14, pr. et § 1, D. *de liber. causa* 40, 12.

qui cohabitait avec l'esclave d'autrui malgré la défense du maître, en vertu du sénatus-consulte Claudien⁽⁶⁾, les affranchis réduits en servitude pour cause d'ingratitude⁽⁷⁾, enfin les condamnés à mort (*ad gladium, ad ferrum vel ad bestias*), au métier de gladiateur (*ad ludum*), ou aux mines pour toute leur vie (*in metalla vel in opus metalli*); ces condamnés formaient les *servi pœnæ*⁽⁸⁾. Mais plusieurs de ces causes de privation de la liberté n'existent plus sous Justinien : ce sont celles qui tenaient à l'adjudication pour dettes⁽⁹⁾, au service militaire⁽¹⁰⁾ et au recensement⁽¹¹⁾, au sénatus-consulte Claudien⁽¹²⁾, et aux condamnations aux bêtes⁽¹³⁾, au métier de gladiateur⁽¹⁴⁾ ou aux mines⁽¹⁵⁾.

2° Le second mode principal d'acquérir la puissance dominicale est la naissance⁽¹⁶⁾. La règle à cet égard est que l'enfant naît esclave quand sa mère a eu cette qualité d'une manière continue depuis la conception jusqu'à l'accouchement, car il suffit qu'elle ait été libre à un seul instant de cette période pour qu'elle mette au monde un enfant libre⁽¹⁷⁾; la condition du père de l'enfant est indifférente, puisque l'enfant né hors mariage suit toujours la condition de sa mère⁽¹⁸⁾; le nouveau-né appartient au maître de sa mère⁽¹⁹⁾. De nombreuses dérogations avaient été apportées à ces règles, principalement par le sénatus-consulte Claudien⁽²⁰⁾; mais leur énumération ne présente guère d'intérêt, et toutes ont d'ailleurs fini par disparaître⁽²¹⁾.

(6) ULP. XI, 11 i. f.; PAUL, II, 21^a.

(7) § 1, I. de cap. demin. 1, 16; L. 2, L. 4, C. de libert. 6, 7, chn. avec L. 19, D. de jure patron. 37, 14.

(8) § 5, I. quib. mod. jus potest. solv. 1, 12; § 1 initio, I. de cap. demin. 1, 16; Colatio XI, 7, § 4; L. 8, § 4, D. qui testam. fac. poss. 28, 1; L. 8, § 4 initio, 8, 11 et 12, L. 12, L. 28, § 6, D. de pœn. 48, 19. — (9) Infra § 408, 1, C.

(10) L. 4, § 10 i. f., D. de re milit. 49, 16. — (11) Arg. § 1, I. de cap. demin. 1, 16.

(12) L. un., C. de secto Claud. toll. 7, 24. — (13) Arg. du texte de la note suivante.

(14) L. un., C. de gladiat. penitus toll. 11, 45. — (15) Nov. 22, c. 8.

(16) § 4 initio, I. de jure person. 1, 5; L. 5, § 1 i. f., D. de statu hom. 1, 5.

(17) GAUS, I, 89; PAUL, II, 24, § 1-3; pr., I. de ingen. 1, 4, v^h Sufficit autem.....; L. 5, § 2-3, L. 18 initio, D. de statu hom. 1, 5; L. 3-4, C. de fideic. libert. 7, 4.

(18) GAUS, I, 82; pr., I. de ingen. 1, 4, v^h Sed etsi quis..... conceptus est.

(19) § 4 initio, I. de pers. 1, 3. — (20) GAUS, I, 84, 85 initio et 91.

(21) GAUS, I, 85 i. f.; L. un., C. de secto Claud. toll. 7, 24. — BURCHARDI, Lehrb. II, § 121, III. — PUCHTA, Instit. II, § 211 initio.

II. EFFETS DE LA PUISSANCE DOMINICALE. Comme l'indique déjà la qualification de *dominus*, le maître est propriétaire de son esclave⁽²²⁾, et il jouit vis-à-vis de lui des prérogatives ordinaires de la propriété : il a un droit absolu sur sa personne⁽²³⁾, peut librement l'aliéner ou le grever de droits réels⁽²⁴⁾, et le revendiquer entre les mains des tiers détenteurs⁽²⁵⁾; il y a aussi une possession de l'esclave, laquelle n'est perdue que si l'esclave a pris la fuite et en outre se considère comme libre⁽²⁶⁾. Mais la propriété du maître sur l'esclave est sous bien des rapports dérogatoire au droit commun, parce que l'esclave est un homme, un être intelligent et libre.

A) D'un côté, elle est soumise à plusieurs restrictions.

1° Ce fut dans les premiers siècles de l'empire que les droits du maître sur la personne de ses esclaves furent sensiblement limités. Un édit de Claude déclara libres les esclaves abandonnés par leur maître pour cause de maladie ou de vieillesse, et punit l'homicide commis sur de tels esclaves par le maître comme l'homicide d'un homme libre⁽²⁷⁾. Une loi Petronia, qui a dû être portée sous les premiers empereurs, sans doute sous Auguste, et qui fut complétée par des sénatus-consultes, ne permit de livrer un esclave aux bêtes que pour un méfait et moyennant un jugement de l'autorité⁽²⁸⁾. Adrien, développant ce système, enleva le droit de vie et de mort au maître pour le transférer aux tribunaux⁽²⁹⁾. Enfin, une constitution d'Antonin le Pieux posa la règle générale que tout excès de mauvais traitements autoriserait l'esclave à réclamer dans une *cognitio extraordinaria* sa vente à un tiers⁽³⁰⁾, et que l'homicide injustifié commis

(22) L. 215 initio, D. de V. S. 50, 16.

(23) GAIUS, I, 52; § 1, I. de his, qui sui v. al. jur. sunt 1, 8; L. 1, § 1, D. cod. 1, 6.

(24) D. de servis exportandis 18, 7; C. si serv. export. veniat 4, 53; L. 1, C. de servo pign. dato manum. 7, 8.

(25) L. 15-14, L. 13, pr. et § 5, L. 16, pr., L. 17-18, L. 20-22, D. de R. V. 6, 1; L. 5-6, D. de P. A. 6, 2; L. 7 i. f., C. de agric. 11, 47.

(26) L. 15, pr. i. f., L. 15 i. f., L. 47, L. 50, § 1, D. de A. v. A. P. 41, 2. (T. I, § 92, II, A, 3^e, c.) — (27) SCÉTORE, Claude 23; L. 2, D. qui sine manum. 40, 8.

(28) L. 11, § 2 et 1, D. ad leg. Corn. de scar. 48, 8.

(29) SPARTIEN, Adrien 18; Cf. Collatio III, 3, § 4; L. 2 i. f., D. de his, qui sui v. al. jur. sunt 1, 6.

(30) GAIUS, I, 53 i. f.; Collatio III, 3, § 1-3, 3 et 6, ebn. avec § 4; § 2, *vis Sed et major*

par un maître sur son esclave serait assimilé à l'homicide commis sur l'esclave d'un tiers, c'est-à-dire tomberait sous l'application de la loi *Cornelia de sicariis* (51).

2° L'esclave jouit d'une certaine capacité personnelle, de fait plutôt que de droit. C'est ainsi qu'on admettait l'union des sexes chez les esclaves, le *contubernium* (52), et leur participation à des collèges avec l'autorisation du maître (53). On tolérait également la possession d'un pécule par un esclave (54); de cette manière des esclaves pouvaient se trouver dans le pécule d'un autre esclave; celui-ci s'appelait alors *servus ordinarius*, et ses subordonnés *servi peculiares* ou *servi vicarii* parce qu'ils remplaçaient leur supérieur auprès de son maître pour les prestations de services (55). On avait même reconnu aux esclaves du peuple romain la capacité de tester par rapport à la moitié de leur pécule (56), et l'esclave affranchi par son maître sans que le pécule eût été retiré, en acquérait la pleine propriété en vertu d'une donation tacite (57). Mais le maître était libre de retirer le pécule par sa seule volonté (58). Enfin, l'esclave était capable de s'obliger naturellement par contrat (59), et civilement par ses délits (40), sauf que dans les deux cas, le lien obligatoire ne devenait efficace que lorsque l'esclave avait été affranchi, et avait acquis un

asperitas, l. de *his, qui sui v. al. jur. sunt* 1, 8; L. 1, § 2 i. f., L. 2, D. *cod.* 1, 6; L. 1, § 8, D. *de off. præf. urbi* 1, 12.

(51) GAIUS, 1, 35 initio; § 2 initio, l. de *his, qui sui v. al. jur. sunt* 1, 8; L. 1, § 2, D. *cod.* 1, 6; Cf. L. 1-2, C. Théod. *de emendat. serv.* 9, 12, et L. un., C. J. *cod.* 9, 14. — Voyez encore L. 35, D. *de ædil. ed.* 21, 1; L. 11, C. *comm. utr. jud.* 3, 58 (L. un., C. Théod. *de comm. divid.* 2, 25). — (52) T. 11, § 287, 1, 2°.

(53) L. 5, § 2, D. *de colleg.* 47, 22.

(54) L. 3, § 3-4, L. 7, § 3, L. 39, cf. L. 4, pr. et § 2, L. 49, pr., cbn. avec L. 8, D. *de pec.* 13, 1.

(55) L. 7, § 4, L. 4, § 6, cbn. avec L. 6, L. 7, pr., D. *cod.*; Cf. L. 17-18, L. 19, pr., D. *de pec.* 13, 1, et § 17, l. de *leg.* 2, 20. — (56) ULPPIEN, XX, 16 (*Infra* § 527, 1, 1°).

(57) *Vatic. fragm.* 261.

(58) L. 8 i. f., D. *de pec.* 13, 1, cbn. avec L. 182 i. f., D. *de V. S.* 50, 16; L. un., C. *de pec. ejus, qui libert. meruit* 7, 25.

(59) L. 14 in medio, D. *de O. et A.* 44, 7; L. 13, pr., D. *de conduct. indeb.* 12, 6, cbn. avec L. 52, D. *de R. J.* 30, 17.

(40) L. 14 initio, D. *de O. et A.* 44, 7; Cf. L. 20, D. *cod.*; L. 2, § 1, *vis Is qui non* *jubenti obtinuerat*, D. *de noxal. act.* 9, 4.

patrimoine⁽⁴¹⁾. Le maître lui-même était obligé jusqu'à un certain point par les contrats et les délits de ses esclaves. Déjà en vertu du droit commun, les obligations contractées par l'esclave tombaient à la charge du maître, si celui-ci avait donné des instructions à cet effet, ou si l'esclave, tout en n'ayant pas reçu d'instructions, avait cependant agi en vue de son maître; dans le premier cas, les tiers disposaient selon les circonstances des actions *quod jussu*, exécutoire, tributaire, institoire ou quasi-institoire⁽⁴²⁾, et dans le second cas, de l'action *de in rem verso*⁽⁴³⁾. Mais de plus le maître était tenu de plein droit des dettes de son esclave jusqu'à concurrence du pécule dont il lui avait abandonné l'administration, alors même que la dette était étrangère à cette administration, car les tiers avaient contracté sur la foi du pécule; de là l'action *de peculio*⁽⁴⁴⁾; le maître n'avait que le droit de prélever sur le pécule le montant de ses propres créances contre l'esclave⁽⁴⁵⁾; avec le surplus il devait payer les tiers créanciers dans l'ordre où ils se présentaient⁽⁴⁶⁾. En ce qui concerne les délits de l'esclave, ils obligeaient le maître à l'action noxale⁽⁴⁷⁾.

3° La puissance dominicale peut donner lieu à la question de savoir si la puissance existe réellement; ce procès constitue le *liberale judicium*⁽⁴⁸⁾. Il se présente sous la forme d'une réclamation de la puissance dominicale (*vindicatio in servitatem*) si celui de la liberté duquel il s'agit est en possession de l'état de liberté, et comme une réclamation de la liberté (*vindicatio in libertatem*) s'il est possédé

(41) L. 14 i. f., D. de O. et A. 44, 7; L. 13, pr., D. de condict. indeb. 12, 6. — GAIUS, IV, 77 in medio; L. 7, pr., D. de dolo malo 4, 3, v^{is} Nec videtur. de dolo actionem; L. 14, § 1, L. 13, D. de noxal. act. 9, 4; L. 20 i. f., D. de O. et A. 44, 7.

(42) T. II, § 242, II. — (43) T. II, § 269, II, B.

(44) § 10 et 36, I. de act. 4, 6; § 4, v^{is} Præterea introducta est. petitur, et v^{is} Itaque judex. aut non totum, ebn. avec § 3, I. quod cum eo, qui in al. potest. 4, 7; L. 1, § 2, L. 29, § 1, L. 47, pr., D. de pec. 13, 1; L. 11-12, cf. L. 6-7, L. 10, C. quod cum eo 4, 26.

(45) § 4, v^{is} Quum autem quæritur., I. quod cum eo 4, 7; L. 3, § 4 i. f., L. 9, § 2, D. de pec. 13, 1; L. 12, C. quod cum eo 4, 26; Cf. L. 9, § 3-7, L. 10-13, L. 17, D. de pec. 13, 1. — (46) L. 10, D. eod.

(47) GAIUS, IV, 75-77; pr., § 1-3, I. de noxal. act. 4, 8; L. 1, D. eod. 9, 4 (T. II, § 274, II, D). — (48) § 15, I. de act. 4, 6; D. 40, 12, et C. 7, 16 de liberali causa.

en qualité d'esclave⁽⁴⁹⁾. D'après cette distinction se détermine aussi la charge de la preuve⁽⁵⁰⁾; mais dans les deux cas, celui qui soutient sa liberté, est, par faveur pour celle-ci, provisoirement considéré comme libre⁽⁵¹⁾. Dans l'ancienne jurisprudence, la revendication de la liberté ne pouvait se faire que par représentant (*assertor in libertatem*)⁽⁵²⁾; Justinien y admit l'intéressé en personne⁽⁵³⁾. Il va de soi que la revendication de la liberté est imprescriptible, puisqu'elle résulte de la possession comme esclave, c'est-à-dire d'un état de choses persistant et se renouvelant sans cesse, et dès lors l'action en réclamation de la liberté doit également naître et renaître à chaque instant⁽⁵⁴⁾; mais la revendication de la puissance dominicale se prescrit par trente ans⁽⁵⁵⁾.

B) Tout en admettant des limitations sous les divers points de vue qui précèdent, la propriété de l'esclave confère au maître cette prérogative capitale qu'il devient propriétaire de tout ce qu'acquiert l'esclave au moyen de son industrie ou autrement; car l'esclave, comme l'homme libre, est en état de faire des acquisitions, et celles-ci ne pouvant lui appartenir en propre, profitent nécessairement à son maître⁽⁵⁶⁾. Ce dernier acquiert même à son insu par l'intermédiaire de l'esclave⁽⁵⁷⁾, à moins qu'il ne s'agisse de la possession, qui suppose essentiellement chez l'acquéreur la volonté de posséder⁽⁵⁸⁾. Si l'esclave appartient à plusieurs, il acquiert pour tous en proportion

(49) L. 7, § 5 initio, L. 41, pr., D. de liber. causa 40, 12; L. 21, C. eod. 7, 16; Cf. L. 10-11, L. 12, pr., § 1-4, D. eod. 40, 12.

(50) L. 7, § 5 i. f., cf. L. 59, pr., D. eod.; L. 5 i. f., C. eod. 7, 16.

(51) L. 14, C. eod. 7, 16; L. 24-25, D. eod. 40, 12.

(52) L. 1-6, D. eod., ebn. avec GAÏUS, IV, 14 et 82 i. f.

(53) L. 1, cf. L. 2, C. de assert. toll. 7, 17.

(54) L. 5, C. de longi temp. præscr., quæ pro libert. et non adversus libert. oppon. 7, 22; L. 5 in medio, C. de ber. causa 7, 16. — (55) L. 1-2, C. de longi temp. præscr... 7, 22.

(56) GAÏUS, I, 52 i. f.; II, 86-89; ULPÏEN, XIX, 18-20; § 1 i. f., D. de his, qui sui v. al. jur. sunt 1, 8; pr. et § 5, I. per quas pers. nob. acquir. 2, 9; pr. i. f. et § 1 initio, I. de stipul. serv. 3, 17; pr. initio, I. per quas pers. nob. oblig. acquir. 3, 28; L. 1, § 1 i. f., D. de his, qui sui v. al. jur. sunt 1, 6; L. 10, pr., § 1-2, D. de A. R. D. 41, 1.

(57) § 5 initio, I. per quas pers. nob. acquir. 2, 9; L. 52, D. de A. R. D. 41, 1.

(58) L. 24, L. 44, § 1, D. de A. v. A. P. 41, 2; Cf. L. 47, D. de usurp. 41, 5, et L. 2, § 11, D. pro emt. 41, 4. (T. I, § 87, II.)

de leurs parts dominicales respectives⁽⁵⁹⁾; mais il n'acquerrait que pour l'un de ses maîtres s'il n'avait stipulé que pour lui⁽⁶⁰⁾, ou si le copropriétaire était incapable de participer à l'acquisition⁽⁶¹⁾. Ajoutons que les esclaves pouvaient stipuler directement pour leur maître; la stipulation était censée faite par le maître lui-même, dont l'esclave n'était qu'un simple organe⁽⁶²⁾; cette exception à une règle générale du droit romain⁽⁶³⁾ explique l'extrême fréquence des stipulations par l'intermédiaire d'esclaves⁽⁶⁴⁾.

III. EXTINCTION DE LA PUISSANCE DOMINICALE.

A) *Des causes qui y mettent fin.* Dans des cas assez nombreux, dont nous nous dispenserons de présenter l'énumération, la puissance dominicale cesse de plein droit, par la seule disposition de la loi, à titre de peine pour le maître⁽⁶⁵⁾ ou de récompense pour l'esclave⁽⁶⁶⁾, à cause de l'usucapion de l'état de liberté⁽⁶⁷⁾, et pour d'autres motifs encore⁽⁶⁸⁾. Mais en règle générale, c'est par un affranchissement émané du maître que l'esclave acquiert la liberté. Le maître affranchit de sa libre volonté⁽⁶⁹⁾, à moins qu'il ne soit

(59) § 3 initio, l. de stipul. serv. 3, 17; § 3 initio, l. per quas pers. nob. oblig. acquir. 3, 28; L. 50, pr., D. de leg. 1^o, 50; L. 37, § 2, L. 63, § 1, ebn. avec L. 43, D. de A. R. D. 41, 1.

(60) § 3 in medio, l. de stipul. serv. 3, 17; § 3, l. per quas pers. nob. oblig. acquir. 3, 28; L. 37, § 3, D. de A. R. D. 41, 1; L. 13, D. de donat. 39, 3; L. 3, C. per quas pers. nob. acquir. 4, 27.

(61) § 3 i. f., l. de stipul. serv. 3, 17; L. 17 ebn. avec L. 37, § 1, D. de A. R. D. 41, 1.

(62) Pr. initio, l. de stipul. serv. 3, 17; pr. initio, l. per quas pers. nob. oblig. acquir. 3, 28; L. 43, pr., D. de V. O. 43, 1; L. 1, pr., L. 3, L. 40, D. de stipul. serv. 43, 3.

(63) T. I, § 221, II, 1^o, et T. II, § 242.

(64) L. 3, 17, et D. 43, 5, de stipulatione servorum.

(65) SUTON, Claude 23; L. 2, D. qui sine manum. 40, 8; L. 2-3, C. de infant. expos. 8, 52; Nov. 133; Cf. L. 1, C. Théod. de expos. 3, 7.

(66) L. 1-4, C. pro quib. caus. servi præm. accip. libert. 7, 13; L. 3, D. qui sine manum. 40, 8; L. un., § 3, C. de lat. libert. toll. 7, 6.

(67) L. 16, § 3, D. qui et a quib. manumiss. 40, 9; L. 2, C. de l. t. præscr., quæ pro libert. 7, 22; L. 1, C. eod., ebn. avec L. 3, C. de præscr. 30 v. 40 ann. 7, 59.

(68) L. un., § 8, C. de lat. libert. toll. 7, 6; L. 4, C. de præpos. sacri cubic. 12, 3; Nov. 3, c. 2, § 1; Nov. 123, c. 4 et 17.

(69) L. 9, pr., L. 17, pr., D. qui et a quib. manum. 40, 9.

tenu d'affranchir en vertu d'une convention⁽⁷⁰⁾ ou d'un legs⁽⁷¹⁾, qui autorise l'esclave à réclamer en justice sa manumission, quand la loi elle-même ne le déclare pas libre de plein droit⁽⁷²⁾. L'affranchissement peut se faire à terme ou sous condition⁽⁷³⁾; mais alors l'esclave affranchi, appelé *statuliber*, ne devient libre qu'à l'arrivée du terme ou lors de l'accomplissement de la condition; jusque-là il demeure esclave sous tous les rapports⁽⁷⁴⁾. Les conditions d'un affranchissement valable sont en partie intrinsèques, en partie extrinsèques.

1° Les conditions intrinsèques sont les suivantes :

a) La personne qui affranchit doit être propriétaire de l'esclave, puisqu'il s'agit d'en faire une véritable aliénation⁽⁷⁵⁾. Lorsque l'esclave appartient à plusieurs, à la rigueur tous devraient consentir à l'affranchissement; si quelques-uns seulement y consentent, ils ne font qu'augmenter les portions dominicales des autres par la voie de l'accroissement⁽⁷⁶⁾; mais Justinien, s'inspirant de la faveur que mérite la liberté, oblige dans ce cas les copropriétaires à vendre leurs quotes-parts à celui qui veut affranchir⁽⁷⁷⁾.

b) Le maître doit avoir la capacité d'aliéner⁽⁷⁸⁾. En vertu d'une disposition spéciale de la loi *Ælia Sentia*, abrogée par Justinien quant aux manumissions testamentaires⁽⁷⁹⁾, les mineurs de vingt ans ne pouvaient affranchir leurs esclaves qu'avec l'autorisation d'un conseil d'affranchissement, et pour des causes graves⁽⁸⁰⁾.

(70) L. 2, C. *si manc. ita venierit* 4, 36; L. 1-3, L. 6, D. *si manc. ita fuerit alien.* 4, 37; L. 8, C. *de liber. causa* 7, 16; L. 3, pr., L. 6, D. *de manum.* 40, 1.

(71) § 2, l. *de sing. reb. per fideic. rel.* 2, 24; D. *de fideic. libert.* 40, 5; C. *cod.* 7, 4.

(72) L. 4, l. 6, D. *qui sine manum.* 40, 8; L. 4, C. *si manc. ita fuerit alien.* 4, 37.

(73) L. 6-8, L. 13, D. *de manum. testam.* 40, 4; L. 1, L. 41-42, D. *de statulib.* 40, 7.

(74) ULPPIEN, II, 1-4, cf. 3-6; L. 9, pr., L. 16, L. 23, L. 29, pr., D. *de statulib.* 40, 7.

(75) GAIUS, II, 267; *Fragm. Dosith.* 9; L. 4-3, C. *de his, qui a non domino manum. sunt* 7, 10. — MADAI, *Die Statuliberi des römischen Rechts*, 1834.

(76) *Fragm. Dosith.* 10; ULPPIEN, I, 18; PAUL, IV, 12, § 1.

(77) § 4, l. *de donat.* 2, 7; L. un., C. *de comm. servo manum.* 7, 7.

(78) ULPPIEN, I, 17; *Fragm. Dosith.* 13.

(79) NOV. 119, c. 2; Cf. § 7, l. *qui et q. ex c. manum. non poss.* 1, 6.

(80) ULPPIEN, I, 13-13^a; GAIUS, I, 58-41, *cbn.* avec 18, 19 et 2^o initio; *Fragm. Dosith.* 13; § 4-6, l. *qui et q. ex c. manum. non poss.* 1, 6; L. 4, § 2, L. 3-20, D. *de manum. vind.* 40, 2; L. 3, D. *de manum. test.* 40, 4.

c) L'affranchissement ne peut violer les droits des tiers, sinon il est considéré comme inexistant à leur égard⁽⁸¹⁾; c'est pourquoi la loi *Ælia Sentia* avait permis aux créanciers du maître de réclamer contre les affranchissements faits en fraude de leurs droits, par application d'un principe général sur les actes frauduleux d'un débiteur⁽⁸²⁾.

d) La loi *Furia Caninia*, aussi du règne d'Auguste, voulant restreindre les affranchissements testamentaires, qui étaient prodigués en vue des funérailles, disposa que le testateur ne serait admis à affranchir ses esclaves que dans une certaine proportion, d'autant plus faible que le nombre de ses esclaves était considérable; en aucun cas il ne pouvait en affranchir plus de cent⁽⁸³⁾. Cette disposition fut abrogée par Justinien⁽⁸⁴⁾.

2° L'ancien droit romain connaissait trois modes d'affranchissement, à savoir la cession en justice, qui se présentait ici sous la forme d'une revendication fictive de la liberté (*manumissio vindicta, id est vindicatione in libertatem*)⁽⁸⁵⁾, puis l'affranchissement par testament ou par codicille testamentaire confirmé (*manumissio testamento*)⁽⁸⁶⁾, où l'affranchi s'appelait *libertus orcinus* (de *orcus*, enfers)⁽⁸⁷⁾ parce que l'affranchissement n'opérait qu'après la mort du testateur⁽⁸⁸⁾, enfin l'inscription d'un esclave parmi les citoyens lors du recensement quinquennal (*manumissio censu*)⁽⁸⁹⁾. La troisième de ces formes tomba avec le cens vers la fin de l'époque

(81) L. 5, D. de manum. 40, 1; L. 1, L. 5 i. f., L. 3, C. de servo pign. dato manum. 7, 8. — *Fragm. Dosith.* 11; ULPPIEN, I, 19; L. 1, § 1, C. comm. de manum. 7, 13.

(82) GAÏUS, I, 37 et 47; *Fragm. Dosith.* 16; ULPPIEN, I, 13; pr. et § 3, cf. § 1-2, I. qui et q. ex c. manum. non poss. 1, 6.

(83) GAÏUS, I, 45-43; ULPPIEN, I, 24; PAUL, IV, 14, § 4 et 5. — Voyez encore ULPPIEN, I, 23; GAÏUS, I, 46; PAUL, IV, 14, § 1.

(84) § un., I. de lege Furia Can. subl. 1, 7; L. un., C. de lege F. C. toll. 7, 5.

(85) ULPPIEN, I, 6-7; L. 1-2, L. 3, L. 7, L. 17-18, L. 21, L. 23, D. de manum. vind. 40, 2; L. 3-4, C. de vind. libert. 7, 1; Cf. ISIDORE, Orig. IX, 4, et SERVIUS, ad Æneid. VIII, v° *Nascenti*.

(86) ULPPIEN, I, 6 et 9; II, 7 initio; § 2 i. f., I. de sing. reb. per fideic. rel. 2, 24; L. 3 initio, D. de manum. testam. 40, 4; C. de testam. manum. 7, 2. — T. II, § 353, II, A.

(87) ULPPIEN, II, 8 initio; § 2 i. f., I. de sing. reb. per fideic. rel. 2, 24.

(88) L. 23, § 1, D. de manum. testam. 40, 4. — (89) ULPPIEN, I, 6 et 8; *Fragm. Dosith.* 17.

classique⁽⁹⁰⁾ ; mais à sa place il s'en forma plusieurs autres. En effet il existait dès la plus haute antiquité, à côté des manumissions précédentes, certaines autres qui n'étaient pas reconnues par la loi : telles étaient les manumissions devant témoins (*inter amicos*)⁽⁹¹⁾ ou par lettre (*per epistolam*)⁽⁹²⁾, et celles qui s'opéraient de plein droit par le consentement du maître au mariage de son esclave avec un homme libre⁽⁹³⁾, par l'adoption de l'esclave⁽⁹⁴⁾, ou par l'admission à la table⁽⁹⁵⁾. Ces affranchissements ne procuraient pas la liberté, et à la rigueur les affranchis auraient pu être réclamés comme esclaves ; ils étaient libres de fait plutôt que de droit (*in libertate morabantur*)⁽⁹⁶⁾. Mais de bonne heure le préteur les protégea dans cette liberté de fait⁽⁹⁷⁾, et plus tard la loi Junia Norbana, portée sous Tibère, leur accorda la liberté proprement dite avec la latinité⁽⁹⁸⁾. Justinien réglant de nouveau notre matière reconnut les formes suivantes d'affranchissement :

- a) la cession judiciaire⁽⁹⁹⁾ ;
- b) le testament ou le codicille testamentaire confirmé ; un autre codicille ne crée qu'une obligation d'affranchir pour l'héritier⁽¹⁰⁰⁾ ;
- c) l'affranchissement devant cinq témoins, de vive voix ou par écrit⁽¹⁰¹⁾ ;
- d) le consentement du maître au mariage de son esclave avec un homme libre⁽¹⁰²⁾ ;
- e) l'adoption de l'esclave par écrit⁽¹⁰³⁾.

(90) ULPPIEN, I, 8, cbn. avec GAIUS, I, 17.

(91) GAIUS, I, 41 i. f. et 44 ; *Fragm. Dosith.* 7 ; ULPPIEN, I, 18 i. f.

(92) *Fragm. Dosith.* 15. — (93) L. un., § 9, C. de lat. libert. toll. 7, 6.

(94) § 12 initio, I. de adopt. 1, 11. — (95) GAIUS visigoth I, 1, § 2.

(96) GAIUS, III, 56 initio ; *Fragm. Dosith.* 3.

(97) GAIUS, I, 22 in medio ; III, 56 initio ; *Fragm. Dosith.* 3 et 8 ; ULPPIEN, I, 10 initio.

(98) GAIUS, I, 22 ; III, 56 ; *Fragm. Dosith.* 6 ; ULPPIEN, I, 10.

(99) § 1-2, I. de libert. 1, 3 ; D. de manum. vind. 40, 2 ; C. de vind. libert. 7, 1.

(100) § 1, I. cit. ; § 1-2, I. qui et q. ex c. manum. non poss. 1, 6 ; L. 2 i. f., C. de his, qui in eccl. manum. 1, 13 ; L. 43, D. de manum. testam. 40, 4 ; C. de testam. manum. 7, 2. T. II, § 333, II, A.

(101) § 1, I. cit. ; L. un., § 1-2 cbn. avec le pr., C. de lat. libert. toll. 7, 6 ; Voyez aussi L. 1, L. 2 initio, C. de his, qui in eccl. manum. 1, 13.

(102) L. un., § 9, C. de lat. libert. toll. 7, 6 ; Nov. 22, c. 10 i. f. et 11 ; Authent. ad L. un., § 9, C. cit. — (103) § 12, I. de adopt. 1, 11 ; L. un., § 10, C. cit.

B) *Des effets de l'extinction de la puissance dominicale.*

1^{re} L'esclave libéré de la puissance dominicale acquiert la liberté. Jusqu'à Justinien il s'opposait comme *libertinus* à l'homme libre qui a toujours eu cette qualité⁽¹⁰⁴⁾ : il ne jouissait d'aucun droit politique⁽¹⁰⁵⁾, pour ne pas parler de plusieurs incapacités privées⁽¹⁰⁶⁾ ; il n'était assimilé aux ingénus qu'en vertu d'une concession impériale (*natalium restitutio*)⁽¹⁰⁷⁾ ; cette concession pouvait réserver les droits du patron, et alors elle s'appelait de préférence *jus aurorum annulorum*⁽¹⁰⁸⁾, à cause du droit exclusif des ingénus de porter des anneaux d'or⁽¹⁰⁹⁾. Mais Justinien accorda par une disposition générale les droits de l'ingénuité à tous les affranchis⁽¹¹⁰⁾, sauf les prérogatives du patronat⁽¹¹¹⁾. A cette réforme de Justinien se lie intimement une autre. Pendant la période républicaine tout esclave régulièrement affranchi devenait citoyen romain⁽¹¹²⁾ ; les esclaves affranchis par un mode extralégal n'acquerraient pas la cité ; comme nous l'avons dit tantôt, ils n'étaient pas même rigoureusement libres⁽¹¹³⁾. Plus tard, on assimila à ces affranchis de fait les esclaves affranchis par un maître qui n'en avait que la propriété naturelle⁽¹¹⁴⁾, et, depuis la loi *Ælia Sentia*, les esclaves affranchis avant trente ans sans une cause légitime approuvée par un conseil *ad hoc*, affranchis auxquels ladite loi avait refusé la cité romaine⁽¹¹⁵⁾. Régularisant la position de ces trois classes d'affranchis, la loi *Junia Norbana* leur accorda sinon la cité, au moins la latinité telle qu'elle s'était conservée à cette époque

(104) § 5 i. f., I. *de jure pers.* 1, 3 ; pr. initio, I. *de ingen.* 1, 4 ; pr. initio, I. *de libert.* 1, 3 ; L. 3, pr. i. f. et § 2 initio, L. 6, D. *de statu hom.* 1, 3.

(105) L. un., C. *ad leg. Visell.* 9, 21 ; TITE-LIVE, X, 21.

(106) ULPEN, XIII, 1 (T. II, § 289, II, II, 2^o). — Arg. L. 5, § 1, D. *de natal. restitut.* 40, 11 (T. I, § 33, I, 3^o). — PLINIE, II. N. XXXIII, 1. — MACROBE, *Saturn.* I, 6.

(107) L. 2-3, L. 3, § 1, D. *de natal. restit.* 40, 11 ; L. 1, L. 2 i. f., C. *de jure aur. annul. et de natal. restit.* 6, 8 ; Cf. L. 2 i. f., L. 4, L. 3, pr., D. *de natal. restit.* 40, 11.

(108) L. 3-6, D. *de jure aur. annul.* 40, 10 ; L. 2 initio, C. *eod.* 6, 8 ; Cf. L. 3, D. *eod.* 40, 10. — (109) PLINIE, II. N. XXXIII, 1 ; MACROBE, *Saturn.* I, 6.

(110) Nov. 78, c. 1 et 3 — (111) Nov. 78, c. 2.

(112) *Fragm. Dosith.* 3 initio ; § 3, I. *de libert.* 1, 3, v^h *quia et a primis urbis Romæ cunabulis*. *ingenius sit*.

(113) GAÏUS, I, 22 in medio ; III, 36 initio ; *Fragm. Dosith.* 3 ; ULPEN, I, 10 initio.

(114) GAÏUS, I, 22 initio ; *Fragm. Dosith.* 17. — (115) GAÏUS, I, 17-21^a ; ULPEN, I, 12.

dans les colonies latines (*latini coloniarum*); ce sont les Latins Juniens⁽¹¹⁶⁾. D'autre part, la loi *Ælia Sentia* avait rangé parmi les *dedittii* les affranchis qui s'étaient mal conduits pendant l'esclavage⁽¹¹⁷⁾. Justinien abrogea ces diverses dispositions pour revenir à la règle absolue de l'ancien droit romain, que tout esclave régulièrement affranchi acquiert la cité⁽¹¹⁸⁾.

2° L'affranchissement ne rompt pas tous les liens entre l'ancien maître et l'ancien esclave : il donne naissance au rapport important du patronat; appelé *libertinus* en général, l'affranchi prend le nom de *libertus* vis-à-vis de son patron.

a) Le patronat appartient à l'ancien maître⁽¹¹⁹⁾, et, à son défaut, à ses descendants⁽¹²⁰⁾, d'après la proximité du degré⁽¹²¹⁾, à moins que le patron n'ait désigné lui-même les descendants qui lui succéderaient dans le patronat (*assignatio libertorum*)⁽¹²²⁾.

b) Les droits du patron se déterminent avant tout par les conventions des parties, et ici se place la *promissio jurata liberti* dont il a été question antérieurement⁽¹²³⁾. En dehors de ces conventions, il existe entre le patron et l'affranchi une obligation alimentaire réciproque⁽¹²⁴⁾, et l'affranchi ne peut rien faire de contraire à l'honneur ou au respect dû au patron⁽¹²⁵⁾; faute de satisfaire à ces obligations, il peut être rétabli en servitude⁽¹²⁶⁾. De plus, il a l'obligation natu-

(116) GAIUS, I, 17, 22-24; II, 273; *Fragm. Dosith.* 6, 11, 14 et 17; ULPEN, I, 10, 12 et 16. — VANGEROW, *Ueber die Latini Juniani*, Marbourg, 1855.

(117) GAIUS, I, 13-13, 23-27; ULPEN, I, 11; XX, 14.

(118) § 5, I. de *libert.* 1, 3; § 4, I. de *success. libert.* 3, 7; L. un., C. de *deditt. libert. toll.* 7, 3; L. un., C. de *lat. libert. toll.* 7, 6.

(119) L. 8, pr., L. 24, D. de *jure patr.* 37, 14; L. 5, § 3, D. de *legit. tutor.* 26, 4; GAIUS, III, 39 initio, 60 initio et 62 initio; ULPEN, XXVII, 2.

(120) GAIUS, III, 38 initio et 61 initio; ULPEN, XXVII, 4; L. 4, L. 9, pr., D. de *jure patr.* 37, 14; L. 25, § 2, D. de *bonis libert.* 38, 2.

(121) L. 25, § 1, D. *cod.*; ULPEN, XXVII, 5.

(122) I. 3, 8, et D. 38, 4, de *assign. libert.*

(123) L. 7, pr., § 1-3, D. de *oper. libert.* 38, 1 (T. § 225, II, 3°); Cf. L. 56, D. *cod.*

(124) PAUL, II, 32, § 1; L. 5, § 18-23, L. 6, pr., L. 9, D. de *agnosc. et al. patr.*, v. *libertis* 23, 3. — (125) L. 2, L. 3-7, L. 19, D. de *obseq.* 37, 13; L. 1, C. *cod.* 6, 6.

(126) L. 6, § 1, D. de *agnosc. et al. patr.*, v. *libertis* 23, 3; L. 2, L. 4, C. de *libert.* 6, 7; L. 19, D. de *obseq.* 37, 13.

relle de fournir à son patron des services d'honneur et de reconnaissance (*operæ officiales*)⁽¹²⁷⁾; de là l'interdit *de liberto exhibendo* contre quiconque retient l'affranchi⁽¹²⁸⁾. Enfin le patron est tuteur légitime de l'affranchi impubère⁽¹²⁹⁾, et jouit d'un certain droit de succession. Sous ce dernier rapport, la loi des Douze tables lui accordait *ab intestat* les biens de l'affranchi dès que celui-ci n'avait pas laissé d'héritiers siens, les seuls agnats qu'il pût avoir⁽¹³⁰⁾; après le patron venait sa *gens*⁽¹³¹⁾. Dans le système de la *bonorum possessio*, l'affranchi avait sept ordres de successibles *ab intestat*, à savoir les *liberi*⁽¹³²⁾, les héritiers civils précités⁽¹³³⁾, mais de telle sorte que le patron enlevait la moitié aux enfants adoptifs de l'affranchi⁽¹³⁴⁾, et même, depuis la loi Julia et Papia Poppæa, une part virile aux enfants naturels, quand ceux-ci n'étaient qu'un ou deux et que la succession montait à cent mille sesterces⁽¹³⁵⁾; en troisième lieu venaient tous descendants de l'affranchi, les seuls de ses parents qui fussent pris en considération⁽¹³⁶⁾, en quatrième lieu les agnats du patron⁽¹³⁷⁾, en cinquième lieu les descendants ou ascendants cognats du patron, avec le patron du patron⁽¹³⁸⁾, en sixième lieu le conjoint survivant de l'affranchi⁽¹³⁹⁾, en septième lieu les cognats

(127) L. 26, § 12, D. de *condict. indeb.* 12, 6.

(128) GAIUS, IV, 162; L. 2, § 1 i. f., D. de *interd.* 45, 1.

(129) § un., I. de *legit. patr. tut.* 1, 17; L. 3, pr. et § 1, D. de *legit. tutor.* 26, 4 (T. 1, § 47, II).

(130) ULPPIEN, XXVII, 1-3; XXIX, 1 initio; GAIUS, III, 40; *Collatio* XVI, 8, § 2; pr., I. de *success. libert.* 3, 7. — (131) CIC., de *orat.* I, 59.

(132) ULPPIEN, XXVIII, 7 initio; § 3, I. de *B. P.* 3, 9, ^{vis} *Et primo loco. . . . unde liberi.*

(133) ULPPIEN, XXVIII, 7 initio; XXIX, 2; § 3, I. cit., ^{vis} *secundo legitimis hereditibus*; GAIUS, III, 43 et 51.

(134) GAIUS, III, 41 i. f.; ULPPIEN, XXIX, 1 i. f.; § 1 i. f., I. de *success. libert.* 3, 7.

(135) GAIUS, III, 42, cf. 44-50 et 53; ULPPIEN, XXIX, 3, cf. 4-7; § 2, I. de *success. libert.* 3, 7.

(136) ULPPIEN, XXVIII, 7 initio; § 5, I. de *B. P.* 3, 9, ^{vis} *quarto cognitis proximis*, cbn. avec L. 1, § 2, D. *unde cogn.* 58, 8.

(137) ULPPIEN, XXVIII, 7 initio; § 3, I. de *B. P.* 3, 9, ^{vis} *quinto tum quem ex familia.*

(138) ULPPIEN, XXVIII, 7 in medio; § 3, I. cit., ^{vis} *sexto patrono et patronæ liberisque eorum et parentibus*; *Collatio* XVI, 9, § 1 initio. — PUCHTA, *Institut.* III, § 317, 5°. — RUDORFF, *cod.* note w.

(139) ULPPIEN, XXVIII, 7 in medio; *Collatio* XVI, 9, § 1 i. f.; § 3, I. cit., ^{vis} *septimo viro et uxori.*

du patron en général⁽¹⁴⁰⁾. Dans la législation de Justinien, il y a six ordres de successibles : ce sont les descendants naturels de l'affranchi⁽¹⁴¹⁾, les ascendants de l'affranchi⁽¹⁴²⁾, le patron⁽¹⁴³⁾, ses descendants⁽¹⁴⁴⁾, ses autres parents jusqu'au cinquième degré inclusivement⁽¹⁴⁵⁾, et le conjoint survivant de l'affranchi⁽¹⁴⁶⁾. En outre, si l'affranchi meurt sans enfants naturels, le patron a droit à une réserve; celle-ci remonte à l'édit prétorien, qui ouvrit à cette fin au patron une *bonorum possessio extraordinaria contra tabulas*; la réserve était, d'après l'édit, de la moitié de la succession⁽¹⁴⁷⁾; Justinien l'abaisse à un tiers⁽¹⁴⁸⁾, et la restreignit en même temps aux successions d'un import de cent solides (1500 fr.)⁽¹⁴⁹⁾.

c) L'affranchi est libéré du patronat, si lui-même ou son patron perd la cité, attendu qu'il s'agit d'un droit civil susceptible seulement d'exister entre citoyens romains⁽¹⁵⁰⁾, si le patron refuse des aliments à l'affranchi⁽¹⁵¹⁾, ou s'il renonce à sa prérogative⁽¹⁵²⁾.

(140) ULPEN, XXVIII, 7 in medio; *Collatio* XVI, 9, § 1 i. f.; § 3, l. cit., *v^{is} octavo cognatis manumissoris*.

(141) § 3, l. de success. libert. 3, 7, *v^{is} sin autem intestati decesserint. cum sua progenie semotis*; L. 4, § 9 i. f., 10 et 11 initio, C. de bonis libert. 6, 4; Cf. Nov. de Valentinien III, tit. 25, § 6-8. — (142) L. 4, § 11 i. f., C. cit.

(143) § 3, l. cit., *v^{is} Sin autem intestati decesserint. reservavit*, et *v^{is} Sin autem sine liberis decesserint. vocavimus*; L. 4, § 14 initio, 19 initio et i. f., C. cit.

(144) § 3, l. cit., *v^{is} ut tam patroni patronique, quam liberi eorum. . . ad successionem. intelligendum est*, et *v^{is} ut, si ejusdem patroni. dividatur successio*; L. 4, § 14 in medio, 19 in medio, 20-22, C. cit.

(145) § 3, l. cit., *v^{is} nec non qui ex transverso latere. intelligendum est*, et *v^{is} eodem modo. servando*; L. 4, § 14 i. f. et 20, C. cit., ebn. avec § 7, l. de legit. agnat. suc. 3, 2. — (146) § 6 initio, l. de B. P. 3, 9.

(147) GAUS, I, 41 initio et 32; ULPEN, XXIX, 1 in medio et 2 initio; § 1 initio et i. f., l. de success. libert. 3, 7.

(148) § 3, l. cit., *v^{is} si vero testamentum. redundaret*; L. 4, § 13-18, ebn. avec § 12-14, C. cit.

(149) § 3, l. cit., *v^{is} Sed nostra constitutio. si tamen testamentum fecerint*; L. 4, § 9 in medio, C. cit. — Sur la succession aux biens de l'affranchi voyez UNTERHOLZNER, *Zeitschrift für geschichtl. R. W.* V, n° 2, et FRANCKE, *De manumissorum successionem*, Iéna, 1856.

(150) L. 21, pr., D. de jure patr. 37, 14; Cf. L. 23, pr., L. 39, D. de bonis libert. 38, 2.

(151) L. 3, § 1, D. de agnosc. et al. lib. 25, 3; L. 33, D. de bonis libert. 38, 2.

(152) L. 3, C. cod. 6, 4.

IV. Du COLONAT DU BAS-EMPIRE. Distinct de l'esclavage est le colonat, cette espèce de servage⁽¹⁵⁵⁾ dont l'organisation nous apparaît tout d'un coup d'une manière assez complète sous Constantin⁽¹⁵⁴⁾; les colons reçoivent les dénominations diverses de *coloni*, *originarii*, *adscriptitii vel censiti*, et autres analogues. Cette institution dont aucun renseignement direct ne nous révèle l'origine, fut due sans doute à des affranchissements d'esclaves ruraux destinés à demeurer attachés à la glèbe, affranchis auxquels se joignirent plus tard des ingénus. Ces colonisations étaient favorables à l'agriculture si délaissée alors, et au recouvrement des impôts que le propriétaire foncier devait personnellement à l'État, au lieu et place de ses colons⁽¹⁵⁵⁾; c'est pourquoi les empereurs chrétiens protégèrent de toutes les manières le développement du colonat⁽¹⁵⁶⁾.

A) La qualité de colon résulte :

1° D'un engagement volontaire, du moins depuis Justinien⁽¹⁵⁷⁾, ou de la prescription de trente ans⁽¹⁵⁸⁾.

2° D'une disposition législative⁽¹⁵⁹⁾.

3° De la naissance (*originarii*)⁽¹⁶⁰⁾.

B) Les colons sont des hommes libres⁽¹⁶¹⁾, capables d'avoir des droits et surtout d'être propriétaires, capables aussi de tester et d'hériter *ab intestat*⁽¹⁶²⁾. Mais ils sont esclaves de la terre (*servi terræ*)⁽¹⁶³⁾;

(155) L. 7 initio, C. de agric. 11, 47; L. 3, C. Théod. de lon. milit. 3, 4.

(154) L. 1, C. Théod. de fug. col. 3, 9; L. 1, eod. de patroc. vic. 11, 24; L. 2, C. J. de agric. 11, 47; L. 1, eod. in quib. caus. col. 11, 49; Cf. L. 112, pr., D. de leg. 1^o, 50 (de MARCIEN), et VARRO, de re rust. I, 17.

(155) L. 4, C. de agric. 11, 47.

(156) L. 3, C. Théod. de bon. milit. 3, 4. — DE SAVIGNY, Zeitschrift für geschichtl. R. W. VI, n^o 4. — PUCHTA, Institut. II, § 214 i. f.

(157) L. 22, pr., C. de agric. 11, 47; Cf. C. Théod. de patroc. vic. 11, 24; Nov. de Valentinien III, tit. 52, § 3-6; C. J. ut nemo ad suum patroc. 11, 53.

(158) L. 19, L. 25, § 1, C. de agric. 11, 47.

(159) L. 3, C. Théod. de bon. milit. 3, 4.

(160) L. 16, L. 21, L. 25, L. 24, § 1, C. J. de agric. 11, 47.

(161) L. un., C. de col. Thrac. 11, 51, v^{is} licet conditione vivantur ingenui; L. 23, § 1, C. de agric. 11, 47, v^{is} liberos colonorum esse. . liberos.

(162) L. un., C. Théod. de bon. cler. 3, 5; L. 20, C. J. de episc. 1, 5.

(163) L. un., C. de col. Thrac. 11, 51, v^{is} servi tamen terræ ipsius, cui nati sunt, existentur.

en d'autres termes ils sont à jamais attachés à la terre, corps et biens, eux et leur postérité (164) :

1° Ils ne pouvaient quitter la terre dont ils faisaient partie (165) ; le maître était admis à les revendiquer entre les mains de tout détenteur (166), sans préjudice des peines portées contre le détenteur (167) et du châtiment du colon (168) sur lequel le maître avait un droit de correction (169). Le propriétaire non plus ne pouvait séparer les colons de la terre à laquelle ils étaient assujettis dans un intérêt réputé public (170).

2° Le colon n'était autorisé à disposer entre-vifs qu'avec le consentement de son maître (171).

5° Il lui était défendu de se marier avec une femme de condition pleinement libre (172).

4° Il devait payer au maître la rente convenue ou usuelle ; elle consistait habituellement en fruits (*annua functio, redditus*) (173).

5° Le maître payait l'impôt personnel pour le colon (174).

C) Le colonat était en principe perpétuel ; le maître ne pouvait y mettre fin qu'en abandonnant au colon le sol qu'il cultivait (175).

V. DE LA POSSESSION D'UN HOMME LIBRE COMME ESCLAVE. Le droit romain assimile à tous égards cette possession à celle de l'esclave d'un tiers. Elle donne donc lieu aux interdits possessoires (176), et si

(164) L. 13, L. 25, § 1, C. de agric. 11, 47.

(165) L. 12 initio, L. 13, L. 25, § 1 i. f., C. cit.; L. un. in medio, C. de col. Thrac. 11, 31. — (166) L. 6, L. 25, § 2, C. de agric. 11, 47.

(167) L. 12 i. f., C. eod.; L. un. i. f., C. de col. Thrac. 11, 31; L. un. i. f., C. de col. Illyr. 11, 32; L. 2, C. de fug. col. 11, 65.

(168) L. un. initio, C. de col. Illyr. 11, 32; L. 25, pr., C. de agric. 11, 47.

(169) L. 24, § 1 i. f., C. eod. — (170) L. 2, L. 7, L. 21, cf. L. 13, § 1, C. eod.

(171) L. 2, C. in quib. caus. col. 11, 49.

(172) Nov. 22, c. 17, pr.; Cf. L. 24, C. de agric. 11, 47.

(173) L. 3, L. 20, § 2, C. eod.; Cf. L. 1-2, C. in quib. caus. col. 11, 49.

(174) L. 4, C. de agric. 11, 47.

(175) Cf. Nov. de Valentinien III, tit. 6, § 1. — Nov. 123, c. 4. — L. un., C. Théod. de inquil. 5, 10, abrogée par L. 25, pr., C. J. de agric. 11, 47.

(176) Arg. GAIUS, 11, 94 in medio; § 4, I. per quas pers. nob. acq. 2, 9, vis Non solum autem sed etiam possessio.

elle est de bonne foi, à l'action publicienne mais surtout aux fruits de l'homme libre ; ces fruits consistent dans son travail, c'est-à-dire dans les acquisitions faites par son travail, avec ou sans l'aide des biens du possesseur ; les autres acquisitions profitent à l'homme libre lui-même⁽¹⁷⁷⁾. Pour le surplus, la possession dont il s'agit est sans influence⁽¹⁷⁸⁾.

CHAPITRE II. — DU MANCIPIUM ; § 302.

BOECKING. *De mancipii causis*. Berlin, 1826.

I. *Notions générales*. Le *mancipium* est l'état d'une personne qui, tout en étant libre de condition, est de fait assimilée pour un certain temps à un esclave⁽¹⁾. Le *mancipium* dérive de la vente d'un enfant sous puissance par son chef de famille⁽²⁾, ou, ce qui revient au même, de l'abandon noxal de l'enfant⁽³⁾ ; c'est de la mancipation qui avait lieu à cette occasion⁽³⁾, qu'est venu le nom de *mancipium*⁽⁴⁾. Mais à côté de ce *mancipium* sérieux, il en existe un autre qui ne constitue qu'une pure formalité⁽⁵⁾, employée dans le but de libérer un enfant de la puissance paternelle⁽⁶⁾ ou une femme de la *manus*⁽⁷⁾. En droit nouveau, l'institution tout entière n'existe plus⁽⁸⁾.

II. *Effets du mancipium*. Le principe qui sert de base à la théorie du *mancipium*, est qu'il forme un esclavage de fait⁽⁹⁾. En conséquence :

(177) GAIUS, II, 92 cbn. avec 91 ; III, 164 ; § 4, I. cit., v^h *Idem placet et de eo*. si liber est, cbn. avec v^h *De iis autem*. domino proprietatis acquiritur ; L. 10, § 4 cbn. avec § 3, L. 34, § 3, pr., cf. § 4 initio, D. de A. R. D. 41, 1.

(178) L. 34, § 1-2, D. cod.

(1) GAIUS, I, 123, v^h *a parentibus*. constituuntur, et 138 ; II, 160 i. f. ; III, 114 initio. — (2) GAIUS, I, 117 cbn. avec 116 ; 119-122.

(3) GAIUS, I, 141 i. f., cf. IV, 79. — (4) GAIUS, I, 116-123. — (5) GAIUS, I, 141 i. f.

(6) GAIUS, I, 118 et 132 ; L. 3, § 1 initio, D. de capit. min. 4, 5 (Infra § 313, V, B, 1°). — GAIUS, I, 134 (Infra § 307, I, A, 9°).

(7) GAIUS, I, 118 cbn. avec 118 (Infra § 314, IV, 2, cbn. avec T. I, § 60, II, C).

(8) Non obstat L. 2, C. de patr., qui fil. distrax. 4, 43 (Infra IV, 2°).

(9) Voyez les textes de la note 1.

A) A l'instar des personnes réduites en esclavage, l'individu tombé sous le *mancipium* perdait sa capacité civile au profit de son maître, qui lui succédait à titre universel (10). Il était également tenu de servir son maître.

B) Mais le *mancipium* n'était cependant qu'une servitude de fait : l'individu *in mancipio* conservait donc la liberté et la cité ; il ne subissait qu'une perte de la famille, une petite diminution de tête (11). C'est pourquoi :

1° Le maître n'en avait pas la possession (12).

2° Il devait le traiter avec égard, sinon il commettait le délit d'injure (13).

3° Si sans le *mancipium* des enfants fussent tombés sous la puissance de l'individu *in mancipio*, celui-ci ne pouvait à la vérité acquérir la puissance paternelle aussi longtemps que lui-même était soumis à la puissance d'autrui, mais il l'acquerrait après son affranchissement ; le sort des enfants était tenu provisoirement en suspens (14).

III. *Extinction du mancipium.* Comme l'esclavage le *mancipium* cesse par l'affranchissement volontaire consenti par le maître (15) ; celui-ci ne peut être contraint d'affranchir que s'il en a pris l'engagement (16), ou si l'enfant abandonné pour cause de délit s'est libéré par son travail (17). Les modes d'affranchissement étaient aussi les mêmes (18), sauf que les dispositions restrictives des lois *Ælia Sentia* et *Furia Caninia* venaient à cesser avec leur motif (19). Enfin, l'affranchissement du *mancipium* produisait des effets analogues à ceux de la manumission de l'esclave : l'affranchi recouvrait sa capacité (20), et était même considéré comme ingenu, car il n'avait jamais réellement perdu la liberté ; l'ancien maître devenait son patron avec les

(10) GAIUS, I, 125, *vis adeo quidem in persona servorum* ; II, 86 initio, 90 et 96 ; III, 114 initio et 163 ; IV, 80 (T. I, § 37, III, B, 1^o).

(11) L. 3, § 1 initio, D. *de cap. min.* 4, 3. — § 301^{bis}, III, A, 2^o.

(12) GAIUS II, 90 i. f. — (13) GAIUS, I, 141 initio. — (14) GAIUS, I, 133 i. f. et 135a.

(15) GAIUS, I, 140 i. f.

(16) GAIUS, I, 134 et 140, *vis excepto eo quod mancipio recipit* (Infra § 313, V, B, 1^o) ; Cf. TITE-LIVE, XLI, 8-9. — (17) *Collatio* II, 3. — Voyez encore GAIUS, I, 140 initio.

(18) GAIUS, I, 138. — (19) GAIUS, I, 139. — (20) GAIUS, I, 133 i. f.

effets ordinaires⁽²¹⁾. Toutefois il n'avait pas droit à des services⁽²²⁾, et quant à la succession *ab intestat*, l'édit prétorien admettait cette différence, qu'au moins l'émancipateur étranger devait céder non-seulement devant les *liberi* de l'affranchi, mais devant tous ses cognats du premier et du second degré (*decem personæ*)⁽²³⁾.

IV. *Des états analogues au mancipium*. A l'époque classique ces états étaient les suivants; mais la législation de Justinien ne connaît plus que ceux mentionnés au n° 2.

1° En première ligne se présente l'adjudication d'un débiteur condamné (*addictio, adjudicatio*), adjudication qui pouvait être réclamée 30 jours après le jugement au moyen de la *legis actio per manus injectionem*⁽²⁴⁾, puis la *manus injectio* pratiquée après 30 jours sur un débiteur qui avait avoué sa dette devant le magistrat (*confessio in jure*), en vertu de la règle *in jure confessus pro judicato habetur*⁽²⁵⁾, enfin la *manus injectio* exercée sur un débiteur qui avait engagé sa personne *per æs et libram (nexum)*⁽²⁶⁾, aussi un mois après l'échéance de la dette⁽²⁷⁾. Dans le dernier cas, qui est le seul dont nous ayons à nous occuper ici *ex professo*, le débiteur appréhendé devait payer sur-le-champ, ou bien fournir un *vindex* pour le défendre en justice⁽²⁸⁾, sinon il tombait au pouvoir de son créancier, à peu près comme l'individu *in mancipio*⁽²⁹⁾. Lui aussi devait servir son créancier jusqu'à ce qu'il se fût libéré par son travail ou autrement⁽³⁰⁾; il pouvait être enchaîné⁽³¹⁾; ses enfants sous

(21) GAIUS, I, 166; ULPIN, XI, § (T. I, § 47, III, 1°). — L. un., C. de *inr. lib.* 8, 50.

(22) L. 4, D. *si a parente quis manum. sit* 57, 12; L. 10, D. de *obseq.* 57, 15.

(23) § 5, l. de B. P. 3, 9, *vis tertio decem personis. sive uterini*; Cf. § 4, l. cod., *vis Quum enim præfata. supradicta bonorum possessio*.

(24) GAIUS, IV, 21; *Collatio* XVI, 9, § 2, cf. § 3; AULU-GELLE, XVI, 10; XX, 1 (T. II, § 408, I, A). — Cf. GAIUS, III, 189.

(25) Loi Rubria, c. 21; PAUL, II, 1, § 3 (T. II, § 405, IV, 1°). — (26) T. I, § 225, I, 1°.

(27) DENYS D'HALIC., VI, 85; FESTUS, *vo Nectere*.

(28) GAIUS, IV, 21, *vis nec licebat. solebat*. — (29) GAIUS, l. c., *vis ut qui.*

(30) VARRON, de l. l. VII, 103 (MÜLLER), *vis liber qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære obærat*.

(31) GAIUS, IV, 21 i. f.; TITE-LIVE, II, 25; FESTUS, *vo Nectere*.

puissance le suivaient en servitude⁽⁵²⁾, et le créancier pouvait également saisir ses biens⁽⁵³⁾. Mais il existait cette différence entre le *mancipium* et le *nexum*, que ce dernier était une servitude de pur fait sans influence sur la capacité ; il commençait et finissait sans aucune diminution de tête⁽⁵⁴⁾. Une loi Valeria (?), de date inconnue, enleva au *nexum* sa force exécutoire : dorénavant le débiteur qui s'était engagé de cette manière, put exiger de son créancier qu'il le poursuivît en justice, et il était admis à se défendre en personne⁽⁵⁵⁾. En l'année 428, la loi Poetelia Papiria défendit au créancier d'emmener chez lui le *nexus* alors même que ce dernier y consentait ; elle l'obligea par là à solliciter toujours un jugement de condamnation et l'adjudication du condamné⁽⁵⁶⁾ ; c'était enlever tout intérêt au *nexum*, qui ne tarda pas à tomber en désuétude⁽⁵⁷⁾.

2° Une quasi-servitude ressemblant beaucoup à l'ancien *nexum*, est celle des prisonniers de guerre qui, ayant été rachetés par un citoyen romain, devaient, faute de rembourser la rançon payée par leur libérateur, le servir comme esclaves jusqu'à ce qu'ils l'eussent désintéressé par leur travail⁽⁵⁸⁾ ; mais ils ne pouvaient être retenus en servitude plus de cinq ans⁽⁵⁹⁾. De même les enfants nouveau-nés, vendus par leur chef de famille, étaient tenus de servir l'acheteur tant que le chef de famille ou un tiers n'offrait pas soit le prix de l'enfant, soit un esclave équivalent⁽⁴⁰⁾.

3° Une autre quasi-servitude résultait du contrat par lequel quelqu'un s'engageait par serment à servir comme gladiateur moyennant un certain prix (*auctoramentum*)⁽⁴¹⁾. Les *auctoritati* sont toujours

(52) DENYS D'Halic., VI, 26 et 29. — (53) DENYS D'Halic., VI, 29 ; TITE-LIVE, II, 24.

(54) VARRO, de l. l. VII, 103. — PUCHTA, Institut. III, § 269 i. f.

(55) GAÛS, IV, 25 initio.

(56) CIC, de republ. II, 34, v^{is} omnia nexa civium liberata, neclerque postea desitum ; TITE-LIVE, VIII, 28, v^{is} Ita nexi soluti ; eantunqne in posterum, ne neclerentur ; Cf. VARRO, de l. l. VII, 103 ; DENYS D'Halic., Excerpta (Oxon. p. 709).

(57) Cf. TITE-LIVE, VIII, 28 initio.

(58) L. 2, C. de postlim. reversis et redemptis ab hostibus 8, 51 ; L. 19, § 9, L. 20, § 2, D. de capt., et de postlim., et redemptis ab hostibus 49, 15.

(59) L. 20, pr., C. eod. 8, 51, v^{is} exceptis his.

(40) L. 2, C. de patr., qui fil. distrax. 4, 45. — (41) SÉNÈQUE, Epist. 37 ; GAÛS, III, 146.

des hommes libres de condition⁽⁴²⁾, et ne subissant pas plus que les *nexi* une diminution de tête ; ils acquéraient même pour leur compte personnel ; mais, en vertu de l'engagement contracté, l'acheteur avait droit à leurs services⁽⁴³⁾. Cette sorte d'esclavage se perdit avec les combats de gladiateurs, qui furent défendus par Constantin⁽⁴⁴⁾.

CHAPITRE III. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

- I. de *patria potestate* 1, 9 ; D. de *his, qui sui vel alieni juris sunt* 1, 6 ;
C. de *patria potestate* 8, 47.

LIEDERLIN. *La puissance paternelle d'après les principes du droit romain*. Strasbourg, 1854.

HEIMBACH (senior). *Weiske's Rechtslexikon* XII, p. 1-96 (1858).

§ 303. Caractères généraux de la puissance paternelle à Rome.

La puissance paternelle est l'ensemble des droits appartenant au père de famille sur la personne et les biens de ses enfants légitimes⁽¹⁾. A Rome cette puissance avait une base particulière ; sa théorie s'écartait sensiblement du droit naturel.

I. Considérée philosophiquement, la puissance paternelle est un pouvoir protecteur ; elle n'a d'autre but que de permettre aux parents de faire l'éducation de leurs enfants, comme ils en ont le devoir ; c'est un corollaire de ce devoir. C'est pourquoi :

1° S'il convient que l'exercice de la puissance paternelle appartienne de préférence au père, à son défaut, c'est la mère qui doit en être investie, comme étant chargée de l'éducation des enfants.

2° La puissance paternelle n'a de raison d'être que jusqu'à la majorité des enfants ; les enfants majeurs sont en état de se gouverner eux-mêmes.

(42) GAIUS, III, 199.

(43) *Collatio* IV, 3 i. f. ; GAIUS, III, 199 ; Cf. *Collatio* IX, 2, § 2 in medio.

(44) L. un., C. de *gladiat. penitus toll.* 11, 43.

(1) L. 213 initio, cbn. avec L. 201, D. de *V. S.* 50, 16.

5° La puissance paternelle ne doit conférer aux parents que les droits nécessaires à l'accomplissement de leur devoir d'éducation.

II. Tout autrement en droit romain : la puissance paternelle y était un avantage du père de famille, un droit proprement dit vis-à-vis des enfants. Ainsi :

1° Elle n'appartenait qu'au père⁽²⁾, et encore, par suite de son caractère civil, seulement au père citoyen romain⁽³⁾.

2° Elle ne s'arrêtait à aucun âge⁽⁴⁾; il en résultait qu'elle s'exerçait sur les descendants de tous les degrés, comme il sera expliqué au paragraphe suivant⁽⁵⁾.

3° Jusque dans l'époque classique l'étendue de la puissance paternelle romaine était immense; le père jouissait de droits à peu près absolus sur la personne et les biens de ses enfants⁽⁶⁾. Mais dans la législation de Justinien la puissance paternelle a été généralement réduite à ses limites naturelles⁽⁷⁾.

SECTION I. DE L'ACQUISITION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Cette acquisition a lieu de trois manières :

- 1° Par la procréation d'enfants dans un mariage légitime (§ 504).
- 2° Par la légitimation d'un enfant né hors mariage (§ 505).
- 3° Par l'adoption d'un étranger en qualité d'enfant (§ 506-508).

I. De l'acquisition de la puissance paternelle sur les enfants procréés en mariage légitime; § 504.

Tout enfant légitime, c'est-à-dire tout enfant auquel s'applique la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*⁽¹⁾, tombe sous la puissance de son père au moment de la naissance⁽²⁾. Cependant dans le

(2) § 10 initio, I. de adopt. 1, 11; L. 196, § 1, ebn. avec L. 193, § 5, D. de V. S. 30, 16.

(3) ULPEN, X, 3; § 1 initio, cf. i. f., I. quib. mod. jus potest. solv. 1, 12. — GAIUS, I, 35; § 2, I. h. t.; L. 3 i. f., D. h. t. — (4) Arg. § 10, I. quib. mod. jus potest. solv. 1, 12.

(5) § 3, I. h. t.; L. 4 i. f., D. h. t. — § 504, I.

(6) GAIUS, I, 35; § 2, I. h. t. — T. II, § 509-511. — (7) T. II, § 509-511.

(1) T. II, § 298, I. — (2) GAIUS, I, 35 initio; pr., I. h. t.; L. 3, L. 4 initio, D. h. t.

droit classique romain, l'acquisition de la puissance paternelle sur les enfants légitimes était subordonnée à deux conditions spéciales; la seconde, liée au mariage du droit des gens, s'est évanouie plus tard avec ce mariage.

I. Pour acquérir la puissance paternelle sur ses enfants légitimes, le père lui-même devait être *sui juris*, car on ne comprend pas qu'une personne *alieni juris* en ait d'autres sous sa puissance. Toutes les fois que le père était *alieni juris*, ses enfants tombaient sous la puissance du chef du père, c'est-à-dire de leur aïeul paternel; de la sorte, un chef de famille avait la puissance paternelle sur les petits-enfants issus d'un fils, tandis que ceux nés d'une fille étaient soumis à la puissance du gendre ou de son chef⁽⁵⁾.

II. Pour donner droit à la puissance paternelle, institution civile, le mariage devait être également civil⁽⁶⁾. Si un mariage, naturel à l'origine, devenait civil après coup par l'acquisition de la cité romaine, les enfants conçus depuis tombaient seuls sous la puissance de leur père⁽⁷⁾, sauf dans les deux cas suivants où l'acquisition de la cité opérait rétroactivement jusqu'au jour du mariage :

A) Lorsque les époux, ayant l'un la latinité Junienne et l'autre la cité ou la latinité, déclaraient devant sept témoins se marier à l'effet de procréer des enfants, et qu'ils en présentaient un d'une année révolue, la cité était acquise au Latin Junien, à son conjoint et à ses enfants s'ils ne l'avaient pas auparavant (*causæ probatio*)⁽⁸⁾. Cette disposition avait pour but de stimuler le mariage et la procréation d'enfants légitimes; elle remonte à la loi *Ælia Sentia* pour les Latins Juniens qui étaient devenus tels comme affranchis avant l'âge de trente ans⁽⁷⁾, et pour les autres Latins Juniens, au sénatus-consulte Pégasien du règne de Vespasien⁽⁸⁾.

B) Lorsqu'un époux avait attribué faussement à son conjoint une qualité qui, si elle lui avait appartenu, eût procuré la cité romaine

(5) § 5, I. h. t.; L. 4 i. f., D. h. t. — (4) GAÏUS, I, 56, 57 et 76.

(5) Arg. GAÏUS, I, 95-93.

(6) GAÏUS, I, 29, 50, 52, 52^a, 63 et 66; III, 5; ULPÏEN, III, 5; *Collatio* XVI, 3, § 7 et 15 i. f. — (7) GAÏUS, I, 29; Cf. ULPÏEN, III, 5. — (8) GAÏUS, I, 51.

à toute la famille, la cité était acquise par la preuve de l'erreur (*erroris causæ probatio*), comme dans le premier cas, en vertu d'un sénatus-consulte complétant la loi *Ælia Sentia*, et en particulier :

1° Si, ayant la cité romaine, on avait marié une personne étrangère ou latine, dans la croyance qu'elle avait la cité⁽⁹⁾.

2° Si, ayant la latinité Junienne, on s'était marié avec une personne étrangère qu'on supposait romaine ou latine, alors que sans cette erreur on eût pu arriver à la cité par le mode précédent⁽¹⁰⁾, et réciproquement si, ayant la cité ou la latinité, on avait marié une personne à laquelle on avait attribué à tort la qualité de Latin Junien, et que sans l'erreur on eût pu réclamer la cité⁽¹¹⁾.

II. De la légitimation ; § 505.

C. de naturalibus liberis et matribus eorum, et ex quibus causis justi efficiantur §, 27.

DIECK. *Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe*. Halle, 1852.

I. *Notion et historique de la légitimation*. La légitimation est un acte civil qui rend légitimes des enfants nés sans cette qualité ou bien des descendants de pareils enfants. Complètement inconnue aux juriconsultes classiques⁽¹⁾, la légitimation n'apparaît que sous le bas-empire.

1° Constantin I^{er} avait permis aux personnes vivant dans le concubinat de légitimer leurs enfants par mariage subséquent, mais seulement si les enfants avaient été procréés antérieurement à la publication de sa loi⁽²⁾. Plusieurs successeurs de Constantin renouvelèrent cette mesure transitoire pour les enfants concubinaires déjà nés⁽³⁾. Justinien érigea la légitimation par mariage subséquent en institution permanente⁽⁴⁾.

2° De son côté, l'empereur Théodose II créa la légitimation par

(9) GAÏUS, I, 67 et 68 initio ; ULPÏEN, VII, 4 ; Voyez encore GAÏUS, II, 142 ; III, 5.

(10) GAÏUS, I, 69-70. — (11) GAÏUS, I, 68 i. f. ; ULPÏEN, VII, 4.

(1) Nov. 89, præf. initio. — (2) L. 5 initio, C. h. t. ; Nov. 89, præf. initio.

(3) L. 5, L. 7 chn. avec L. 6, C. h. t. — (4) L. 10-11, cf. L. 6, C. h. t.

oblation à la curie, dans le but de favoriser la recruterment de l'ordre des décurions qui était déserté à raison des charges imposées à ses membres⁽⁵⁾.

5° En dernier lieu Justinien introduisit la légitimation par rescrit du prince⁽⁶⁾.

II. *Conditions de la légitimation.* Les conditions de la légitimation sont matérielles ou formelles.

A) Sous le premier rapport, il faut :

1° Que l'enfant à légitimer soit concubinaire; tous les autres enfants sont exclus du bénéfice de la légitimation⁽⁷⁾.

2° L'enfant doit consentir à la légitimation, car elle l'intéresse de la façon la plus directe⁽⁸⁾.

3° La légitimation par rescrit du prince exige en outre l'impossibilité physique ou morale de marier la concubine, et l'absence d'enfants légitimes⁽⁹⁾; elle n'a donc qu'un caractère subsidiaire.

B) Les modes de légitimation sont au nombre de trois :

1° Le principal est le mariage subséquent des père et mère⁽¹⁰⁾, pourvu qu'il soit précédé ou accompagné d'une reconnaissance de l'enfant naturel⁽¹¹⁾ et qu'il existe des conventions matrimoniales écrites; en effet, le mariage romain étant parfait par le seul consentement des époux, l'écrit devait servir à attester que le concubinat avait fait place à un mariage régulier⁽¹²⁾.

2° Le rescrit impérial est un autre mode de légitimation : il peut être obtenu non-seulement par le père⁽¹³⁾, mais encore par le fils si le testament paternel exprime la volonté de légitimer⁽¹⁴⁾.

3° Un dernier mode est l'oblation d'un enfant naturel à la curie,

(5) L. 5, C. h. t. — (6) Nov. 74, c. 1 et 2, pr.

(7) L. 5, C. h. t.; Nov. 89, c. 2, c. 8, pr., c. 9, § 1, et c. 10. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 254, *Ann.* — Cf. WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 322, note 1.

(8) L. 11, D. h. t.; Nov. 89, c. 11, pr. et § 1 initio.

(9) Nov. 74, c. 1 initio, ebn. avec c. 2, pr. initio; Nov. 89, c. 9, pr.

(10) § 13 i. f., I. de nupt. 1, 10; L. 10-11, C. h. t.; Nov. 74, praf., pr.; Nov. 89, c. 8, pr.

(11) Arg. des textes cités à la note précédente. — Cf. SINTESIS, *Civilrecht* III, § 158, *Ann.* 47. — (12) Textes cités à la note 10. — (13) Nov. 74, c. 2, pr.; Nov. 89, c. 9.

(14) Nov. 74, c. 2, § 1; Nov. 89, c. 10.

c'est-à-dire l'inscription d'un fils naturel dans l'ordre des décurions, ou le mariage d'une fille naturelle avec un décurion (15).

III. *Effets de la légitimation.* La légitimation rend légitime un enfant simplement naturel; elle l'assimile à l'enfant né légitime (16), au moins pour l'avenir. En conséquence, l'enfant légitimé tombe sous la puissance de son père, et avec lui ses propres descendants placés jusque-là sous sa puissance (17). D'autre part, il jouit dans la famille paternelle de tous les droits des enfants légitimes (18); mais il demeure exclu des successions ouvertes avant sa légitimation, car une succession se défère définitivement lors de son ouverture (19). Par dérogation à ces règles, la légitimation par oblation à la curie ne produit que des effets personnels entre le père et l'enfant légitimé; ce dernier reste étranger à la famille paternelle (20). Remarquons encore qu'avant Justinien la légitimation devait produire une succession à titre universel en faveur du père (21).

(15) § 15 initio, I. de nupt. 1, 10; L. 3-4, L. 9, § 3, C. h. t.; Nov. 89, c. 2.

(16) L. 10 i. f., C. h. t.; Nov. 74, præf., pr. i. f., et c. 2, pr. initio; Nov. 89, c. 8, pr. initio, et c. 9, § 1 initio.

(16) § 15, I. de nupt. 1, 10; Nov. 74, c. 2, pr. initio; Nov. 89, c. 9, § 1 initio, et c. 11, § 2 i. f. — (17) Arg. § 11, I. de adopt. 1, 11.

(18) § 2 in medio, I. de heredit., quæ ab intest. defer. 3, 1; L. 10-11, C. h. t.; Nov. 89, c. 8, pr. initio, c. 10 i. f. et c. 11, § 2 i. f. — (19) T. II, § 318, I, B, 1^{re}.

(20) L. 9, pr., C. h. t., v^{le} *Communium rerum*. *vindicare valentibus*; Nov. 89, c. 3, pr., et c. 4. — Voyez aussi Nov. 89, c. 3-6; Cf. L. 9, pr., v^{le} *Sed si quidem iste*., § 1-2, C. h. t. — (21) Arg. I. de acquis. per adrog. 3, 10. — T. I, § 37, III, B.

III. De l'adoption.

I. de adoptionibus 1, 11; D. de adoptionibus. . 1, 7; C. de adoptionibus 8, 48.

SCHMITT. *Die Lehre von der Adoption*. Iena, 1825.

HEIMBACH (senior). *Weiske's Rechtslexikon* I, p. 155-165 (1859).

SCHOENBERG. *De adoptione, qualis apud Romanos fuerit*. Berlin, 1860.

§ 506. Notion de l'adoption et de ses diverses espèces.

I. L'adoption est un acte civil par lequel on accepte un étranger en qualité d'enfant⁽¹⁾ ou de petit-enfant, en le rattachant ou non dans le second cas à un enfant du premier degré⁽²⁾. Les adoptions étaient fréquentes dans l'ancienne Rome, alors que de nos jours elles sont d'une grande rareté. Au point de vue du droit classique il existe deux causes de cette différence. D'abord, l'adoption fournissait un moyen de faire entrer dans la famille civile les nombreux cognats que la loi ne prenait pas en considération. Ensuite, l'adoption remplissait l'office de la légitimation, laquelle n'apparaît comme institution propre que sous le bas-empire⁽³⁾; on adoptait les enfants naturels, faute de pouvoir les légitimer⁽⁴⁾.

II. L'adoption se divise sous un double rapport :

1° Elle est régulière ou irrégulière. La première est accompagnée de l'acquisition de la puissance paternelle (§ 507). La seconde est dépourvue de cet effet : c'est le cas pour l'adoption par une femme, en vertu d'une constitution de Dioclétien et de Maximien⁽⁵⁾, et depuis Justinien, pour l'adoption faite par un non-ascendant⁽⁶⁾ (§ 508).

2° L'adoption se divise en dation en adoption ou adoption proprement dite (*datio in adoptionem, adoptio*), et en adrogation (*adrogatio*), selon que l'adopté est *alieni juris* et donné en adoption par son chef de famille, ou qu'il est *sui juris* et se donne lui-même en adoption⁽⁷⁾.

(1) L. 1, pr., D. h. t.; Cf. Cic., *pro domo* XIII, 55.

(2) ULPSEN, VIII, 7; § 3-6, I. h. t.; L. 43, L. 57, pr., L. 15, § 1, D. h. t.

(3) T. II, § 505, I. — (4) *Infra* § 507, I, A, 5°. — (5) L. 5, C. h. t. — (6) L. 10, C. h. t.

(7) GAIES, I, 98-99; § 1, I. h. t.; L. 1, § 1, L. 2, pr., D. h. t.

§ 507. De l'adoption régulière.

I. CONDITIONS. A) *De la dation en adoption*. La plupart des conditions de l'adoption dérivent de ce double principe que l'adoption imite la nature, l'adopté étant réputé issu d'un mariage légitime de l'adoptant⁽¹⁾, et qu'elle procure à ce dernier la puissance paternelle⁽²⁾.

1° L'adoptant doit être *sui juris*, puisque ce n'est que sous cette condition qu'il peut acquérir la puissance paternelle sur l'adopté⁽³⁾.

2° Il doit être du sexe masculin, pour le même motif⁽⁴⁾.

3° Il doit être capable de se marier, car l'adoption imite la nature⁽⁵⁾.

4° Il a besoin d'avoir dix-huit années de plus que l'adopté, encore pour imiter la nature⁽⁶⁾. On exige même que l'adoptant soit âgé de soixante ans si des considérations spéciales ne justifient pas l'adoption, afin que celle-ci ne détourne pas du mariage⁽⁷⁾.

5° On ne peut adopter des enfants illégitimes, du moins dans la législation de Justinien; ce serait éluder la théorie de la légitimation⁽⁸⁾.

6° En général, l'adoption n'est pas permise à celui qui a déjà des enfants soit naturels, soit adoptifs, car le plus souvent elle serait faite dans un esprit de spoliation vis-à-vis de ces enfants; aussi la règle cesse-t-elle si l'adoption repose sur un juste motif⁽⁹⁾.

(1) § 4, l. h. t. — (2) GAUS, I, 97 et 104; pr., l. h. t.

(3) Arg. des textes cités à la note précédente. — (4) GAUS, I, 104; ULPIN, VIII, 7^a.

(5) GAUS, I, 103; ULPIN, VIII, 6; § 9, l. h. t.; L. 2, § 1, l. 40, § 2, D. h. t.

(6) GAUS, I, 106; § 4, l. h. t.; L. 13, § 5 i. f., l. 16, l. 40, § 1, D. h. t.

(7) L. 13, § 2, l. 17, § 2 i. f., D. h. t. — En ce sens HEIMBACH, l. c. I, p. 160, III, et p. 161, 6^o. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 332, 7^o. — PUCHTA, *Pand.* § 443, note v. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 475, 4^o. — La plupart des auteurs restreignent à l'adrogation la condition de l'âge de 60 ans : MEIER, in *Schweppe's R. P. R.* IV, § 665, C. b. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 599, note u. — THIBAUT, *System* I, § 582, 6^o. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 159, *Ann.* 24 et 29. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 249, *Ann.* I i. f. — NAMUR, *Institutes* I, § 57, 1^o, a. — ARNDTS, *Lehrb.* § 424, *Ann.* 1. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 323, 2^o, d, et note 15^a.

(8) L. 7 *chil.* avec L. 6, C. de *natur. lib.* 3, 27; Nov. 74, c. 5; Nov. 89, e. 7, *vis quemadmodum etiam*, et c. 11, § 2 initio; Cf. L. 12, D. h. t.

(9) L. 13, § 3 initio, L. 17, § 3, D. h. t. — Même controverse que celle indiquée à la note 7.

7° L'adoption doit se faire à perpétuité pour imiter la nature⁽¹⁰⁾.

8° Il faut le consentement du père de famille qui donne en adoption, de l'adoptant et de l'adopté⁽¹¹⁾, et même, si l'on adopte quelqu'un comme petit-enfant en le rattachant à un enfant du premier degré, le consentement de ce dernier⁽¹²⁾; en effet, cet enfant du premier degré peut acquérir un jour la puissance paternelle sur l'adopté, ce qui ne saurait avoir lieu contre son gré⁽¹³⁾.

9° Quant à la forme de l'adoption, elle varia dans le cours de l'histoire du droit romain. A l'époque classique, l'adoption s'opérait par une cession en justice de la puissance paternelle : l'adoptant revendiquait l'adopté comme son enfant contre le père naturel, ou en sens inverse celui-ci le revendiquait contre l'adoptant⁽¹⁴⁾; le père naturel ne soutenait pas ses droits, et l'adoptant obtenait gain de cause⁽¹⁵⁾; mais pour rendre possible cette revendication, il fallait à l'instar de ce qui se pratiquait dans l'émancipation des enfants sous puissance⁽¹⁶⁾, commencer par éteindre au moyen de ventes fictives la puissance paternelle du père naturel⁽¹⁷⁾. Dans la législation de Justinien, les formes de l'adoption ont été considérablement simplifiées : l'adoption a lieu après enquête⁽¹⁸⁾ devant le juge du domicile de l'adoptant, au moyen d'une déclaration des trois parties intéressées, déclaration dont il est tenu acte⁽¹⁹⁾.

B) *De l'adrogation*. Elle requiert pour sa validité les mêmes conditions que la dation en adoption⁽²⁰⁾, à part les différences suivantes :

1° L'adrogation doit être avantageuse à l'adrogé; il était inutile

(10) L. 34, D. h. t.; Cf. § 8, I. h. t., cbn. avec L. 57, § 1, D. h. t.

(11) L. 3 cbn. avec L. 42, D. h. t.; L. 29, cf. L. 25, § 1, D. h. t.

(12) L. 6, D. h. t. — (13) Cf. L. 41, D. h. t. — Voyez encore L. 7, D. h. t.

(14) GAUS, I, 98 i. f., 99 i. f., 100 et 154, *vis et ab eo is..... addicitur*; ULPEN, VIII, 2 initio, 5 i. f. et 4 i. f.; Voyez aussi L. 4, C. h. t. — (15) T. I, § 93, I, A, 5°, b.

(16) T. II, § 515, V, B, 1°.

(17) GAUS, I, 154; AULU-GELLE, V, 49; SCÉTORE, *Octave* 64. — RUDORFF, in *Puchta's Institut*, III, § 285, note o. — (18) L. 15, § 2 et 5 initio, L. 17, § 2 i. f. et 5, D. h. t.

(19) L. 11, C. h. t.; § 1 i. f., I. h. t.; § 8, I. Q. M. J. P. S. I, 12.

(20) L. 15, § 2 et 5 initio, L. 17, § 2 i. f. et 5, L. 24, L. 25, § 1, D. h. t. — Mais voyez les notes 7 et 9.

d'exiger cette condition dans la dation en adoption, à cause de l'intervention du père naturel dont l'affection présumée pour l'adopté constituait une garantie suffisante; ici c'est à l'autorité à remplacer le père de famille et à contrôler l'adrogation (21). Ce contrôle doit se faire avec un soin particulier quand l'adrogé est impubère (22).

2° Si l'adrogé est encore mineur, il a besoin de l'autorisation de son tuteur ou du consentement de son curateur (23). Pour garantir d'une manière aussi complète que possible les intérêts du mineur, on exige l'autorisation de tous ses tuteurs ou le consentement de tous ses curateurs (24), par dérogation à la règle générale que l'intervention d'un seul suffit (25). De plus, s'il s'agit d'un impubère, il peut, contrairement à un autre principe de droit (26), réclamer son émancipation après la puberté, quand il y a intérêt (27); dans le cas où il meurt dans l'impuberté, toute sa fortune doit être restituée à ses héritiers, afin d'empêcher une spéculation de l'adrogeant (28); si l'adrogeant lui-même meurt avant la puberté de l'adrogé (29), celui-ci a droit dans tous les cas au quart des biens du défunt; c'est la quarte Antonine, ainsi appelée d'après Antonin le Pieux qui l'introduisit (30).

5° Anciennement l'adrogation avait lieu devant les comices calates, après une enquête faite par les pontifes; ce fut de la *rogatio* portée devant le peuple que vint le nom d'adrogation (31). Sous l'empire le pouvoir suprême ayant passé du peuple au souverain, celui-ci prit l'habitude de consacrer l'adrogation par un rescrit, après une instruc-

(21) L. 17, pr. i. f., § 4 et 5, D. h. t.; L. 17, pr., cf. L. 52, § 1, D. h. t.

(22) § 3 initio, I. h. t.; L. 17, § 1 et 2 initio, D. h. t.; L. 2 initio, C. h. t.

(23) L. 8, D. h. t. — (24) L. 3, C. de auctor. præs. 3, 39, v^o *Sed hæc omnia*.....

(25) L. 3 initio, C. cit. — T. I, § 50, I. — (26) T. II, § 513, V. A.

(27) L. 52, pr., L. 55, D. h. t. — (28) § 5 initio, I. h. t.; L. 18-21, D. h. t.

(28) § 5 initio, I. h. t.; L. 18-21, D. h. t.

(29) VANGEROW, *Lehrb.* I, § 232, *Anm.*, n^o 5.

(30) § 5 i. f., I. h. t.; L. 22, pr., D. h. t.; L. 2 in medio, C. h. t.; Cf. L. 8, § 13 i. f., D. de inoffic. testam. 3, 2; L. 2, § 1, D. fam. ere. 10, 2; L. 1, § 21 in medio, D. de collat. 37, 6. — Voyez encore § 5 in medio, I. h. t.

(31) AULU-GELLE, V, 19, et XV, 27; GAIUS, I, 98 initio, 99 initio et 100; ULPIN, VIII, 2, 3 initio et 4 initio; Cf. GAIUS, I, 101 et 102 initio; ULPIN, VIII, 3.

tion du magistrat⁽⁵²⁾; vers l'époque de Dioclétien, ce mode d'adrogation avait entièrement supplanté l'ancien⁽⁵³⁾.

II. EFFETS DE L'ADOPTION. 1° *De la dation en adoption.* L'adoption crée une parenté civile entre l'adoptant et l'adopté⁽⁵⁴⁾; l'adopté prend le nom de l'adoptant, et le sien propre ne vient plus qu'en second lieu⁽⁵⁵⁾. Il tombe sous la puissance de l'adoptant⁽⁵⁶⁾, comme ses enfants conçus dans la suite; mais ceux qui étaient déjà conçus lors de l'adoption, sont soumis à la puissance de leur aïeul naturel, alors même qu'ils ne naîtraient que plus tard, conformément à leur intérêt présumé⁽⁵⁷⁾. Enfin l'adopté jouit de tous les droits des enfants naturels⁽⁵⁸⁾, aussi longtemps qu'il n'est pas émancipé ou donné en adoption à un autre, auxquels cas il devient étranger à l'adoptant⁽⁵⁹⁾. Dans le système romain, l'adopté était même réputé l'agnat des agnats de l'adoptant⁽⁶⁰⁾. — Par rapport à sa famille naturelle, l'adopté perdait avant Justinien les avantages si importants de l'agnation; il devenait simple cognat; c'était l'effet de la petite diminution de tête impliquée dans l'adoption⁽⁶¹⁾. Depuis la nouvelle 118 qui a assimilé les cognats aux agnats, l'adopté conserve pleinement ses droits dans sa famille naturelle⁽⁶²⁾.

2° *De l'adrogation.* L'adrogation produit les mêmes effets que l'adoption proprement dite⁽⁶³⁾, sauf que les enfants de l'adrogé tom-

(52) TACITE, *Hist.* I, 5 et 18; SÉTON, *Galba* 17; L. 2, C. h. t.

(53) L. 2, L. 6, C. h. t.; § 1 initio, I. h. t.; Cf. GAUS, I, 102 i. f.; ULPIN, VIII, 5 i. f.; L. 21, D. h. t.; L. 8 i. f., C. h. t.

(54) L. 1, pr., D. h. t. — (55) CIC., *pro domo* XIII, 33; Cf. L. 33, D. h. t.

(56) GAUS, I, 97; ULPIN, VIII, 1; pr., I. h. t.; § 8, I. Q. M. J. P. S. 1, 12.

(57) § 9, I. cod.; L. 27-28, L. 40, pr. i. f., D. h. t.; GAUS, I, 133 et 133^a.

(58) § 2 initio, I. de heredit., quæ ab intest. defer. 3, 1. — Voyez encore L. 10-11, L. 41, L. 44, D. h. t.

(59) GAUS, II, 136; § 10, vis et conveniënter. . . . extraneorum loco fiunt, et § 11, I. de heredit., quæ ab intest. defer. 3, 1; L. 15-14, D. h. t.; L. 3, D. unde cogn. 38, 8; L. 10, § 2, C. h. t., ebn. avec § 8, I. h. t.

(60) L. 25, L. 26, D. h. t.; L. 4, § 10 i. f., D. de grad. 38, 10.

(61) L. 4, § 10 initio, D. de grad. 38, 10; Cf. GAUS, II, 137. — (62) Nov. 118, c. 4.

(63) L. 10, § 3, C. h. t.

bent nécessairement tous sous la puissance de l'adrogéant⁽⁴⁴⁾. Anciennement l'adrogation donnait encore lieu à une succession universelle au profit de l'adrogéant⁽⁴⁵⁾, mais plus dans la législation de Justinien⁽⁴⁶⁾.

§ 508. Des adoptions irrégulières.

I. *De l'adoption faite par une femme.* Elle diffère de l'adoption régulière sous deux rapports :

1^o Pour les conditions, l'adoptante doit avoir perdu ses enfants naturels⁽¹⁾, et l'adoption s'opère par reserit du prince⁽²⁾.

2^o Pour les effets, l'adoption ne crée qu'une parenté personnelle entre l'adoptante et l'adopté, sans aucun changement de puissance⁽³⁾.

II. *De l'adoption faite par un non-ascendant.* Cette adoption, appelée par les modernes *minus plena* par antithèse à l'*adoptio plena* d'un ascendant⁽⁴⁾, a des effets encore plus affaiblis que la précédente : outre qu'elle ne crée qu'une parenté personnelle, elle ne confère ni légitime à l'adopté, ni succession *ab intestat* à l'adoptant⁽⁵⁾. En portant cette disposition, Justinien se proposait pour but d'assurer à la personne adoptée par un tiers un droit de succession vis-à-vis de son père naturel, en la maintenant dans sa famille ; en effet, avant Justinien un tel adopté était non-seulement exclu de la succession de son père naturel si à la mort de ce dernier il restait sous la puissance de l'adoptant, mais il n'arrivait pas davantage à la succession de l'adoptant si celui-ci l'émancipait dans la suite ; par contre, un descendant

(44) GAUS, I, 107 ; ULPEN, VIII, 8 ; § 11, I. h. t. ; L. 2, § 2, L. 40, pr., D. h. t. ; L. 3, pr., D. de cap. min. 4, §.

(45) GAUS, II, 86, 90, 96 et 98 ; III, 82-84 ; IV, 80 ; pr. et § 1, I. de acquis. per adrog. 3, 10. — T. I, § 37, III, B, 1^o. — (46) § 2-3, I. eod. — T. I, § 37, III, B, 2^o.

(1) § 10 i. f., I. h. t. — (2) § 10 i. f., I. cit. ; Arg. L. 5, C. cit.

(3) Arg. § 10, I. cit. et L. 5, C. cit. — (4) Cf. § 8 i. f., I. Q. M. J. P. S. I, 12.

(5) § 2 initio, I. h. t. ; § 14, I. de heredit., quæ ab intest. defer. 3, 1, ^{vis} Hoc solito more corrigentes. persecutionem ei competit ; L. 10, § 1 et 3, C. h. t. ; Cf. § 2 i. f., I. h. t. ; § 8, I. Q. M. J. P. S. I, 12 ; § 14, I. de heredit., quæ ab intest. defer. 3, 1, ^{vis} Nostra autem constitutione. ; L. 10, pr., C. h. t., ^{vis} Si vero pater naturalis. — VANGEROW, Lehrb. T. II, § 412, Anm., n^o II, 1^o, et § 474, Anm., n^o I initio ; T. I, § 280, Anm.

adopté par un ascendant lui succédait même après avoir été émancipé, en vertu du lien naturel⁽⁶⁾. La disposition dont il s'agit n'avait plus de raison d'être après que la novelle 118 eut garanti en toute éventualité un droit de succession à l'adopté dans sa famille naturelle⁽⁷⁾; mais elle n'en a pas moins été maintenue.

§ 508bis. De la réception d'un pupille.

On peut recueillir chez soi un enfant (*alumnus*), avec ou sans le consentement de ses parents, dans l'intention de veiller à son éducation et à son entretien. Ce n'est pas là une adoption. Il ne se forme même a priori aucun lien juridique entre l'enfant et son entrepreneur⁽¹⁾; ce dernier peut renvoyer l'enfant à tout moment, et jouit d'un recours contre lui à raison des frais d'entretien, s'il n'a pas voulu lui faire une libéralité; d'autre part, il est éventuellement responsable et comptable de l'administration des biens de l'enfant. Mais ce rapport de fait qui existe entre parties, peut acquérir un caractère juridique par des conventions particulières, surtout par l'engagement de traiter le pupille comme son enfant⁽²⁾: alors on a l'obligation de garder l'enfant chez soi jusqu'à ce qu'il soit en état de suffire à ses besoins⁽³⁾; si l'enfant avait des biens, et qu'on les ait administrés, on est comptable de sa gestion. De là l'institution du droit français connue sous le nom de tutelle officieuse⁽⁴⁾.

(6) § 14, l. de heredit. quæ ab intest. defer. 5, 1, vis Sed ea omnia..... vocabantur; L. 10, pr., C. h. l., vis Quum in adoptivis filiis..... non cogitur? — Cf. T. II, § 522, I, A. — (7) T. II, § 524, I, A.

(1) L. 10, C. comm. de success. 6, 39; L. 3 i. f., C. de infant. expos. 8, 32; L. 3, § 4, D. de hom. lib. exhib. 43, 29; Voyez cependant L. 1, § 5, D. de obseq. 37, 13, et L. 17, C. qui accus. non poss. 9, 1.

(2) L. 152, pr., D. de V. O. 43, 1, vis Quidam quum..... cognatus agentis fuerit.

(3) L. citée, vis Respondi..... committetur stipulatio, et vis In eo autem.....

(4) Art. 361-370, C. civ. fr.

SECTION II. — DES EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

§ 309. *Principes fondamentaux.*

En droit public, la puissance paternelle était sans influence⁽¹⁾. Mais, en matière privée, elle avait pour effet décisif que l'enfant était considéré comme ne formant avec son chef de famille qu'une seule personne; le père absorbait en lui la personnalité de tous ses enfants; ceux-ci n'étaient en quelque sorte que ses organes⁽²⁾. A la vérité sous l'empire ce principe fut abandonné pour les biens castrains ou quasi-castrains de l'enfant; on admit à leur égard la personnalité propre des fils de famille⁽³⁾; mais l'antique règle demeura debout quant aux biens adventices, quoiqu'ici également elle ait perdu beaucoup de sa rigueur. De l'unité de personne qui régnait dans la famille romaine, résultaient trois conséquences principales; seulement la première, de loin la plus importante, a presque complètement disparu dans la législation de Justinien :

1° L'unité de personne conduisait par la force des choses à l'unité de patrimoine : le père était l'unique propriétaire de la famille, toutes les acquisitions de ses enfants tombaient dans son patrimoine⁽⁴⁾; faute d'avoir des biens en propre, les fils de famille ne pouvaient tester⁽⁵⁾. Mais d'un autre côté, comme les fils de famille ne formaient qu'une seule personne avec leur père, ils participaient jusqu'à un certain point à la propriété de tous les biens paternels ;

(1) L. 9, D. *h. t.*, 1, 6; L. 5, D. *de adopt.* 1, 7; L. 15, § 5, L. 14, pr., D. *ad setum Trebell.* 56, 1.

(2) L. 11 i. f., C. *de impub. et al. substitut.* 6, 26; Arg. § 4 i. f., I. *de inutil. stipul.* 5, 19.

(3) ULPEN, XX, 10 i. f.; PAUL, III, 4^e, § 3; pr., I. *quib. non est permiss. fac. testam.* 2, 12, v^a *exceptis iis, quos. heredem reliquerint*; L. 45, D. *de testam. mil.* 29, 1; L. 12, C. *qui testam. fac. poss.* 6, 22; L. 8, § 5 i. f., C. *de bon., quæ lib.* 6, 61 (T. II, § 527, I, 1^o i. f.). — L. 2, pr. i. f., D. *de contr. emt.* 18, 1; L. 4 i. f., D. *de jud.* 5, 1. — L. 32, § 5-6, D. *de furt.* 47, 2; L. 4 i. f., D. *de jud.* 5, 1.

(4) GAJUS, II, 87 et 99; ULPEN, XIX, 18-19.

(5) ULPEN, XX, 10 initio; pr. initio et i. f., I. *quib. non est permiss. fac. testam.* 2, 12; L. 6, pr., L. 19, D. *qui testam. fac. poss.* 28, 11; L. 1, C. *eod.* 6, 22.

ils avaient à leur égard une sorte de propriété latente⁽⁶⁾; pour ce motif, à la mort du père, ils ne faisaient pas réellement l'acquisition de sa succession, ils continuaient une propriété antérieure, en succédant forcément à eux-mêmes; ils étaient héritiers siens et nécessaires⁽⁷⁾. En droit nouveau, l'incapacité des enfants sous puissance d'acquérir pour leur compte a été radicalement abrogée par Justinien, comme il sera expliqué dans le paragraphe suivant⁽⁸⁾; ils ont aussi obtenu la faculté de renoncer à la succession de leur père, en faisant usage du bénéfice d'abstention⁽⁹⁾. Mais l'incapacité de tester des fils de famille s'est maintenue pour les biens adventices⁽¹⁰⁾.

2° Civilement aucun acte juridique ne peut intervenir soit entre le père et ses enfants sous puissance, soit entre ces derniers, car ce serait conclure l'acte avec soi-même⁽¹¹⁾; mais il existe toujours une obligation naturelle⁽¹²⁾. Les enfants ne sauraient même intervenir comme témoins dans les actes juridiques que le père passe devant témoins; c'est comme si le père était son propre témoin⁽¹³⁾. Non-seulement des actes juridiques entre le père et ses enfants sont impossibles, mais en général il ne peut y avoir entre eux aucune espèce d'action, quelle qu'en soit la cause⁽¹⁴⁾.

3° Le père de famille et ses enfants sont admis à stipuler directement les uns pour les autres, car, à cause de l'unité de personne,

(6) GAUS, II, 137, *vix vivo quoque parente, quodammodo domini existimantur*; L. 11 initio, D. de lib. et posth. 28, 2.

(7) GAUS, II, 136 initio et 137; § 2, I. de hered. qualif. et differ. 2, 19; § 3, I. de heredit., quæ ab intest. defer. 3, 1; L. 11, D. de lib. et posth. 28, 2. — T. II, § 338, II.

(8) § 1, I. per quas pers. nob. acquir. 2, 9; L. 6, pr., C. de bon., quæ lib. 6, 61. — T. II, § 311.

(9) GAUS, II, 138; ULPEN, XXII, 24 i. f.; § 2 i. f., I. de hered. qualif. et differ. 2, 19. — T. II, § 338, II, 1°. — (10) L. 11, C. qui testam. fac. poss. 6, 22. — T. II, § 327, I, 1°.

(11) § 6 initio, I. de inutil. stipul. 3, 19; L. 2, pr., D. de contr. emt. 18, 1; L. 1, § 1, D. pro don. 41, 6.

(12) L. 58, pr., § 1-2, D. de condict. indeb. 12, 6 (T. I, § 172, I, B, 1°, b). — Voyez d'autre part L. 51, § 2, D. de donat. 59, 3; L. 17, C. eod. 8, 34; L. 6, § 2 i. f., C. de bon., quæ lib. 6, 61; L. 23, C. de donat. inter V. et U. 3, 16.

(13) GAUS, II, 103-107; ULPEN, XX, 3; § 9-10, I. de testam. ordin. 2, 10 (T. II, § 350, III, A, 1°).

(14) § 12 initio, I. de obligat., quæ ex del. nasc. 4, 1; L. 16, D. de furt. 47, 2; L. 4, D. de jud. 3, 1.

celui pour le compte duquel la stipulation se fait, est censé stipuler lui-même (13).

§ 510. *Des droits du père de famille sur la personne de ses enfants.*

I. *Historique.* Dans l'ancien droit romain, le chef de famille avait un pouvoir à peu près absolu sur la personne de ses enfants; il jouissait vis-à-vis d'eux des prérogatives les plus exorbitantes (1). Mais celles-ci disparurent pendant la période classique ou sous Dioclétien; c'est à tort qu'on attribue aux empereurs chrétiens l'honneur de les avoir abrogées.

1^o Le père de famille exerçait sur ses enfants une juridiction criminelle, comportant jusqu'à la peine de mort (2), mais tempérée par l'usage de se faire assister dans les cas graves par des parents et des amis (3). Cette juridiction lui fut enlevée dès le second siècle de notre ère (4).

2^o Il était permis au père de famille de vendre ses enfants à prix d'argent, sauf le droit de rachat (5). Seulement, pour empêcher le trafic indéfini de la personne des enfants, la loi des Douze tables disposait qu'après trois ventes le fils serait libéré de la puissance paternelle : *si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto* (6); d'où les juriconsultes déduisirent, par une interprétation littérale, qu'une vente unique faisait perdre la puissance paternelle sur les filles et les descendants de fils (7). Cette faculté de vendre les enfants sous puissance tomba, sinon pendant la période classique (8), au moins sous Dioclétien (9).

(13) T. I, § 221, II, 1^o i. f.

(1) GAIUS, I, 33.

(2) PLAUTE, *Amphitruo* I, 3, § 3; CIC., de leg. III, 8; SALLUSTE, *Catil.* 39; VALÈRE-MAXIME, V, 8, § 2 et 3; V, 9, § 1; L. 11 i. f., D. de lib. et posth. 28, 2; Cf. DENYS D'HALIC., II, 13. — (3) VALÈRE-MAXIME, V, 8, § 2-3; V, 9, § 1; SÈNÈQUE, de clementia 13.

(4) L. 3, D. si a par. quis manum. sit 57, 12; L. 3, D. de lege Pomp. de parrie. 48, 9; L. 2, D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8; L. 3-4, L. 10, C. h. t., 8, 47; L. III., C. de his, qui par. v. lib. occid. 9, 17. — (5) DENYS D'HALIC., II, 27; TITE-LIVE, XLI, 8; GAIUS, I, 117.

(6) ULPEN, X, 1; GAIUS, I, 152.

(7) ULPEN, X, 1 i. f.; GAIUS, I, 152 initio; Cf. PLUTARQUE, Numa 17.

(8) L. 1, § 4 initio, D. quando de pec. actio ann. est 13, 2; Cf. PAUL, V, 1, § 1.

(9) L. 1, C. de patr., qui fil. distrax. 4, 45; Nov. 134, c. 7.

Une loi de Constantin l'accorde cependant encore au père de famille par rapport à ses enfants nouveau-nés, lorsque son indigence le met dans l'impossibilité de les nourrir⁽¹⁰⁾.

3° Le père de famille avait également le droit, lorsqu'il était poursuivi à raison d'un délit de son enfant, de l'abandonner à la partie lésée⁽¹¹⁾. Cet abandon impliquant une vente a dû se perdre avec la vente proprement dite des enfants sous puissance⁽¹²⁾; Justinien le trouva en désuétude, et le prohiba d'une manière formelle⁽¹³⁾.

4° Enfin, le père de famille pouvait primitivement délaisser ses enfants⁽¹⁴⁾; on le lui interdit à l'époque classique⁽¹⁵⁾.

II. *Législation de Justinien*. Sous Justinien, les droits que confère la puissance paternelle vis-à-vis de la personne des enfants, sont au nombre de six :

1° Le père de famille a un droit de correction qui l'autorise à infliger des peines domestiques⁽¹⁶⁾; mais toutes les fois qu'il s'agit d'appliquer à l'enfant des peines véritables, le père doit s'adresser à la justice⁽¹⁷⁾, qui peut prononcer la peine réclamée par le père⁽¹⁸⁾.

2° Les enfants sont tenus de résider chez leur père de famille et ont le même domicile⁽¹⁹⁾.

3° Ils ont besoin de son consentement à l'effet de pouvoir se marier⁽²⁰⁾.

4° Le père de famille est autorisé à donner un tuteur à ses enfants impubères⁽²¹⁾.

5° Il peut faire leur testament pour le cas où ils décèderaient dans l'impuberté⁽²²⁾.

6° S'il est nécessaire, il peut les vendre lors de leur naissance⁽²³⁾.

(10) L. 2, C. de patr., qui fil. distrux. 4, 45; Voyez aussi Nov. de Valentinien III, tit. 54; Cf. PAUL, V, 1, § 1. — T. II, § 302, IV, 2°.

(11) GAUS, IV, 75-79; L. 3, § 4 i. f., D. de hom. lib. exhib. 45, 29.

(12) § 7, I. de nozal. act. 4, 8, v^o Nova autem. penitus recessit.

(13) § 7, I. cit. — (14) PLAUTE, Amphitruo I, 3, § 3.

(15) L. 4, D. de agnosc. et al. lib. 23, 5; L. 6, C. h. t.; L. 2 initio, C. de infant. expos. 8, 52. — (16) L. 3 initio, C. h. t., 8, 47; L. un. initio, C. de emendat. propinq. 9, 13.

(17) L. un. i. f., C. cit. — (18) L. 3 i. f., C. h. t., 8, 47. — (19) T. II, § 299, VIII.

(20) T. II, § 289, I, C, 1°. — (21) T. I, § 46. — (22) T. II, § 329, II.

(23) Voyez ci-dessus note 10. — Cf. sur cette matière T. II, § 299.

§ 311. *Des droits du père de famille sur les biens de ses enfants.*

C. de bonis, quæ liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter acquiruntur, et eorum administratione 6, 61.

MAREZOLL. *Zeitschrift für Zivilrecht und Process* VIII, p. 38 sq., p. 77 sq., p. 116 sq., p. 242 sq., et p. 362 sq.; *neue Folge* V, p. 169 sq.

I. *Historique.* A) Pendant la république, les fils de famille étaient absolument incapables d'avoir un patrimoine propre; toutes leurs acquisitions sans exception profitaient à leur chef, par la raison que sa personnalité absorbait la leur (1). Sans doute déjà à cette époque, le père abandonnait fréquemment des biens à ses fils en vue de leur administration ou d'un négoce; ces biens formaient le pécule par excellence (2), celui qui est appelé de nos jours profectice par analogie de la dot profectice (3). Mais il n'y a pas là, et il ne pouvait y avoir une dérogation à l'incapacité des fils de famille d'acquérir pour leur compte; le fils n'était que simple administrateur, comme un tiers auquel le père aurait remis les biens aux mêmes fins (4).

B) Ce n'est qu'à partir d'Auguste que l'incapacité des enfants sous puissance fut directement battue en brèche.

1° Sous Auguste se forme le pécule castrain : il comprenait en général les acquisitions faites par le fils de famille à l'occasion du service militaire (5).

2° Sous Adrien (6) apparaît le pécule quasi-castrain, entièrement

(1) GAIUS, II, 87 et 96; ULPIN, XIX, 18-19. — T. II, § 509, 1°.

(2) D. de peculio 13, 1. — (3) T. II, § 293, 1°.

(4) § 1, I. *per quas pers. nob. acquir.* 2, 9, v^o *Sancitum etenim. ad eum reverti?* L. 10, C. *quod cum eo, qui in al. potest.* 4, 26; L. 25 i. f., D. de novat. 46, 2; L. 19, cbn. avec L. 18, § 4, D. de P. A. 13, 7; L. 22 cbn. avec L. 20-21, D. de jurejur. 12, 2; L. 28, § 2, D. de pact. 2, 14; L. 7, pr., § 1-3, D. de donat. 59, 3 (T. II, § 240, 1, A). — Voyez cependant *Vatic. fragm.* 260 cbn. avec L. 51, § 2, D. de donat. 59, 3, et L. 17, C. *cod.* 8, 34; Nov. 81, c. 1; L. 3, § 4 i. f., D. de minor. 4, 4.

(5) PAUL, III, 4, § 3 i. f.; L. 3, L. 4, pr., L. 11, L. 13, L. 19, pr., D. de castr. pec. 49, 17; L. 1, L. 4, C. *cod.* 12, 57.

(6) L. 30, D. *ad actum Trebell.* 56, 1. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 253, *Anm. initio.* — NAMUR, *Institutes* I, § 46, note 9.

modelé sur le précédent. Après qu'il eut atteint son plein développement sous les empereurs chrétiens, il se composait des acquisitions faites par un fils de famille en qualité de fonctionnaire public⁽⁷⁾ ou à l'occasion de l'exercice d'une profession libérale⁽⁸⁾, et de certains autres biens⁽⁹⁾.

5° A dater de Constantin se développe le pécule que les modernes ont qualifié d'*adventice*, par opposition au pécule proprement dit ou *profectice*; il comprenait avant Justinien les acquisitions à titre gratuit provenant de la ligne maternelle de l'enfant⁽¹⁰⁾, ainsi que les gains nuptiaux réalisés par l'enfant marié⁽¹¹⁾.

C) Justinien trouva le droit romain dans cet état. Complétant l'œuvre de ses prédécesseurs, il proclama le principe absolu de la capacité d'acquérir des fils de famille : tandis que dans la période républicaine toutes les acquisitions de l'enfant profitaient à son père, toutes devinrent maintenant la propriété personnelle de l'enfant⁽¹²⁾; mais cette règle ne pouvait évidemment, comme l'observe Justinien, être étendue aux acquisitions faites au moyen du pécule *profectice*, car, le fils n'étant que simple administrateur de ce pécule, doit rendre compte de ce qu'il acquiert dans sa gestion; c'est l'obligation de tout administrateur et non une incapacité⁽¹³⁾. Par suite de la réforme de Justinien, le pécule *adventice* est devenu le pécule général des fils de famille : il embrasse tous leurs biens, à moins que des dispositions spéciales ne les attribuent aux pécules *castrain* ou *quasi-castrain*⁽¹⁴⁾. — Dans le nouveau droit romain⁽¹⁵⁾ a disparu une autre prérogative

(7) L. 7, C. de *assess.* 1, 51; L. 57, pr., C. de *inoffic. test.* 5, 28; L. 5, pr., C. de *silent.* 12, 16; L. un., C. de *castr. omn. palatin pec.* 12, 51; L. 6, C. de *castr. pec.* 12, 57.

(8) L. 4, L. 14, C. de *adv. div. judiciorum* 2, 7; L. 57, pr. i. f., C. de *inoffic. testam.* 5, 28; Voyez encore L. 54, L. 50, C. de *episc. et cler.* 1, 5; Nov. 125, c. 19.

(9) L. 50, D. ad *actum Trebell.* 56, 1; L. 7, C. h. t.

(10) L. 1-2, C. de *bon. mat. et mat. gen.* 6, 60. — (11) L. 1-5, C. h. t.

(12) § 1, I. *per quas pers. nob. acquir.* 2, 9, *vis quod autem ex alia causa.....*; L. 6, pr., *vis Quam oportet..... esse videtur*, C. h. t.

(13) § 1, I. cit., *vis Sanctum etenim..... ad eum reverti?* L. 6, pr., C. cit., *vis non ex ejus substantia, cujus in potestate sit.* — (14) Cf. VASEROW, *Lehrb.* I, § 256, *Ann.* 1.

(15) L. 5-4, C. h. t.; L. 11, C. *comm. de success.* 6, 59; L. 6, § 1, C. h. t.; L. 54, C. de *episc. et cler.* 1, 5; Nov. 118, c. 1 initio.

du père de famille, lui permettant de retenir les biens de son enfant décédé *ab intestat* comme une espèce de propriété personnelle, en vertu du *jus peculii* (16). A ce titre, le père n'était tenu des dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de la succession et durant un an (17), comme dans le cas d'un pécule profectice (18).

II. LÉGISLATION DE JUSTINIEN. A) *Règles générales.* L'enfant sous puissance est seul et unique propriétaire de tous les biens qu'il acquiert; il en résulte qu'ils ne peuvent jamais être aliénés sans son consentement (19). Cependant, il n'est pas réputé avoir à leur égard une personnalité distincte de son père, ou, d'après l'expression romaine, être *paterfamilias*; c'est pourquoi il n'a pas qualité pour conclure un acte juridique avec son père (20), ni pour faire un testament (21). Mais surtout le père de famille a l'usufruit des biens de ses enfants sous puissance (22), avec des faveurs exceptionnelles : à la différence d'un usufruitier ordinaire, il n'est pas astreint à conserver la substance des biens de ses enfants (23), et la loi le dispense de fournir caution, parce que son affection présumée pour son enfant paraît former une garantie suffisante (24); d'autre part, le fils n'est pas admis à disposer de sa nue propriété sans le consentement de son

(16) L. 2, L. 14, pr., D. de *castr. pec.* 49, 17; L. 3, C. *eod.* 12, 37; Cf. L. 1, D. *eod.* 49, 17. — (17) L. 17, pr., cf. § 1, D. *eod.*

(18) T. II, § 312, II, chn. avec T. II, § 301^{bis}, II, A, 2^o i. f.

(19) L. 1 i. f., L. 2, C. de *bon. mat.* 6, 60; L. 4, C. h. t., v^{is} *easdem res quocunque modo . . . fuerint devolutæ*, et v^{is} *Parentibus vero omnibus modis vindicare*; L. 8, § 5 initio, C. *eod.*; Nov. 22, c. 24, v^{is} *Quod autem neque scriptum esset*; Cf. L. 4 i. f., C. h. t.; Nov. 22, c. 24 i. f.; Authent. ad L. 1, C. de *bon. mat.* 6, 60.

(20) § 6 initio, l. de *inutil. stipul.* 3, 19; L. 2, pr., D. de *contr. emt.* 18, 1; L. 1, § 1, D. *pro don.* 41, 6. — T. II, § 309, 2^o.

(21) Pr. initio, l. *quib. non est permiss. fac. testam.* 2, 12; L. 6, pr., L. 19, D. *qui testam. fac. poss.* 28, 1; L. 3, § 1, L. 11, C. *eod.* 6, 22; L. 8, § 5 i. f., C. h. t. (T. II, § 309, 1^o i. f., et § 327, I, 1^o). — Cf. VANGEROW, *Lehrb.* T. I, § 237, *Ann.* 2 initio, et T. II, § 428, *Ann.*, n^o II.

(22) § 1 i. f., l. *per quas pers. nob. acquir.* 2, 9; L. 6, pr., C. h. t.; L. 1 initio, C. de *bon. mat.* 6, 60. — (23) L. 6, § 2, C. h. t., v^{is} *sed tantummodo penitus impunita*.

(24) L. 8, § 4, C. h. t., v^{is} *paterna reverentia eum excusante . . a cautionibus . . quæ ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur*. — Voyez cependant L. 8, § 3, C. h. t. (WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 317, 1^o, et note 7).

père, car celui-ci a intérêt à conserver son enfant comme nu propriétaire⁽²⁵⁾. A cause de son usufruit légal, le père a la faculté d'accepter pour son compte une acquisition répudiée par son enfant⁽²⁶⁾. Néanmoins, en cas de négligence grave, l'administration peut lui être retirée et confiée à un curateur, l'usufruit paternel demeurant intact⁽²⁷⁾. Lorsque le droit du père a pris fin, il répond de sa gestion comme tout autre usufruitier⁽²⁸⁾. Les deux dernières propositions ne laissent pas d'être contestées.

B) *Exceptions*. Les règles qui précèdent sont soumises à plusieurs modifications favorables aux enfants sous puissance :

1° Quant aux biens adventices, dans trois hypothèses le père de famille n'en a pas l'usufruit (pécule adventice irrégulier), à savoir :

a) Si une libéralité a été faite à l'enfant sous la condition que le père n'en aurait pas la jouissance, car une telle condition n'a rien d'illicite ni d'immoral⁽²⁹⁾.

b) Si l'enfant fait une acquisition contre le gré du père ; la raison en est que le père en refusant de consentir à l'acquisition, renonce implicitement à ses droits⁽³⁰⁾.

c) Si l'enfant hérite *ab intestat* de ses frères ou sœurs concurremment avec le père de famille ; la portion héréditaire du père lui tient alors lieu d'usufruit⁽³¹⁾.

2° Les droits des enfants sous puissance sont encore plus étendus par rapport aux pécules castrain et quasi-castrain. Non-seulement ils

(25) L. 8, § 3 i. f., C. h. t. — (26) L. 8, pr., § 1-2, C. h. t.

(27) L. 15, § 2, C. de sent. pass. et restit. 9, § 1. — En notre sens MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 569, 7°. — SIXTENS, *Civilrecht* III, § 141 et *Ann.* 42°. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 517, 1°, et note 3°. — Contra von LÖHR, *Civil Archiv* VII, p. 268, note 10, et X, p. 179 sq. — MAREZOLL, l. c. VIII, p. 426. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 257, *Ann.* 1, c.

(28) Arg. L. 1 initio, C. de bon. mat. 6, 60 ; L. 8, § 4, C. h. t., *vis* Sin autem..... *deteriorum facere*; Non obstant L. 6, § 2 initio, et L. 8, § 4 i. f., C. h. t. — En ce sens PUCHTA, *Pand.* § 456, note f. — SIXTENS, *Civilrecht* III, § 141, *Ann.* 35. — ARNDTS, *Lehrb.* § 452, *Ann.* 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* II, § 517, 1°, et note 3. — Contra MAREZOLL, l. c. VIII, p. 388 sq. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 256, *Ann.* 2, n° 1. — Voyez cependant infra § 515bis, 4° i. f. — (29) Nov. 117, c. 1, pr. — (30) L. 8, pr. et § 1, C. h. t.

(31) Nov. 118, c. 2, *vis* Si cum ascendentibus..... *legem dedimus*.

en ont la jouissance⁽⁵²⁾ et la libre disposition⁽⁵³⁾, mais ils sont censés former à leur égard une individualité propre⁽⁵⁴⁾; il s'ensuit que les biens castrains ou quasi-castrains peuvent faire l'objet d'un contrat avec le père⁽⁵⁵⁾ comme aussi d'un testament⁽⁵⁶⁾.

Toutes les fois que le père n'a pas l'usufruit d'un bien de l'enfant, et que celui-ci est incapable, l'administration est déléguée au père⁽⁵⁷⁾ et subsidiairement à un tiers⁽⁵⁸⁾, sauf disposition contraire de la part du donateur ou testateur⁽⁵⁹⁾.

§ 312. *Des dettes des enfants sous puissance.*

1. 4, 7, D. 14, 3, et C. 4, 26, *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur.*

I. Jusqu'à quel point les fils de famille peuvent-ils s'obliger ? Les fils de famille sont en général capables de s'obliger comme s'ils étaient pères de famille⁽¹⁾; mais l'incapacité de l'enfant impubère ne se couvre point par l'autorisation du père, car celui-ci ne formant qu'une seule personne avec son enfant s'autoriserait lui-même⁽²⁾; d'autre part, les créanciers du fils ne sauraient avoir action sur les biens dont le père a l'usufruit, puisque l'aliénation en est interdite au fils⁽³⁾, mais seulement sur les biens dont la pleine propriété appartient à leur débiteur⁽⁴⁾. La capacité de s'obliger des enfants sous puissance admet quelques restrictions : pour ne pas revenir sur l'impossibilité où ils se trouvent généralement de s'engager envers leur

(52) L. 10, D. de castr. pec. 49, 17; L. 6, pr. i. f., L. 7, C. h. t.

(53) L. 4, § 1, L. 3, L. 7, D. de castr. pec. 49, 17; L. 1, § 3 i. f., L. 2, D. de secto Maced. 14, 6. — (54) L. 2 i. f., D. cit.

(55) L. 2, pr. i. f., D. de contr. ent. 18, 1; L. 4 i. f., D. de jud. 3, 1.

(56) ULPEN, XX, 10 i. f.; PAUL, III, 4, § 3; pr., I. quib. non est permiss. fac. testam. 2, 12, vis exceptis iis. heredem reliquerint; L. 12, C. qui testam. fac. poss. 6, 22 (T. II, § 527, I, 1^o i. f.).

(57) L. 7, pr., C. de cur. fur. 5, 70; L. 8, § 1 in medio, C. h. t.

(58) L. 8, § 1 i. f., C. h. t.; Nov. 117, c. 1, § 1 i. f. — (59) Nov. 117, c. 1, § 1 initio.

(1) L. 141, § 2, D. de V. O. 43, 1, vis pubes vero, qui in potestate est, proinde, ac si paterfamilias, obligari solet. — (2) L. 141, § 2, D. cit. — (3) T. II, § 511, II, A i. f.

(4) L. 7, D. de castr. pec. 49, 17.

chef de famille⁽⁵⁾, ils ne sont pas, sauf certaines exceptions⁽⁶⁾, civilement tenus de rembourser les prêts d'argent qui leur sont faits⁽⁷⁾. Le but de cette incapacité était double : on voulait d'abord empêcher les fils de famille d'être exploités et favorisés dans leurs dissipations par des usuriers⁽⁸⁾; on se proposait ensuite de protéger la vie du père contre les embûches possibles de ses enfants obérés⁽⁹⁾. Tel fut l'objet du sénatus-consulte Macédonien porté sous Claude⁽¹⁰⁾, et qui dut son nom à un fils de famille *Macedo*, devenu paricide pour payer ses dettes avec la succession paternelle⁽¹¹⁾. La théorie du sénatus-consulte se résume comme suit :

1° Elle s'applique exclusivement aux enfants sous puissance paternelle⁽¹²⁾, mais à ceux-là d'une manière absolue⁽¹³⁾; ainsi le commandait l'esprit du système.

2° Il faut que le fils de famille ait fait un emprunt d'argent, de nouveau d'après le but du sénatus-consulte⁽¹⁴⁾; mais la fraude faisant toujours exception au droit commun, les conventions qui déguisent un prêt d'argent, tombent sous l'application du sénatus-consulte⁽¹⁵⁾.

3° Le prêt d'argent fait au fils de famille ne l'oblige pas civilement, il n'engendre à sa charge qu'une obligation naturelle, fondée sur ce qu'il s'est enrichi aux dépens du prêteur⁽¹⁶⁾; en conséquence, l'enfant peut à toute époque⁽¹⁷⁾ repousser le prêteur par une excep-

(5) T. II, § 509, 2°, et § 511, II, A.

(6) Exceptions : L. 7, § 11 i. f. et 15, L. 12, L. 16, D. de seto *Maced.* 14, 6; L. 2 initio, L. 7, pr., C. ad setum *Maced.* 4, 28. — L. 7, § 12-14, L. 17, D. *ead.*; L. 2 in medio, L. 3, C. *ead.* — L. 3, pr. et § 1, L. 19, D. *ead.*; L. 1, L. 2 initio, C. *ead.* — L. 7, § 1, C. *ead.* — L. 5, § 2, D. *ead.*; Cf. L. 11, § 7, *ebn.* avec L. 54, pr., D. de *minor.* 4, 4. — L. 1, § 5 i. f., L. 2, D. de S. M. 14, 6. — L. 7, § 16, L. 8-9, pr., D. *ead.*; L. 2 i. f., C. *ead.*

(7) § 7, l. h. t.; L. 1, pr., D. de S. M. 14, 6.

(8) L. 1, pr. initio et i. f., D. *ead.* — (9) § 7 i. f., l. h. t.

(10) TACITE, *Ann.* XI, 15; Cf. SÉTOSE, *Vespasien* 11. — SCHILLING, *Lehrb.* III, § 268, notes d et e. — (11) THÉOPHILE, § 7, l. h. t.; Arg. L. 1, pr. initio, D. de S. M. 14, 6.

(12) § 7, l. h. t.; L. 1, pr., § 1, cf. § 2, D. *ead.* 14, 6; Voyez aussi L. 3, § 4, L. 6, D. *ead.* — (13) L. 1, § 5 initio, D. *ead.*; L. 6, § 1, C. *ead.*

(14) L. 5, § 5, L. 7, § 3, D. *ead.*; L. 5, C. *ead.* — (15) L. 5, § 5 i. f., L. 7, § 5 i. f., D. *cit.*

(16) L. 10, D. *ead.*; L. 19, pr., D. de *condict. indeb.* 12, 6.

(17) PAUL, II, 10, § 1; L. 1, pr., *vis etiam post mortem parentis ejus*, L. 7, § 5, 4, 6 et 10, D. de S. M. 14, 6.

tion tirée de l'inefficacité du prêt et appelée *exceptio senatusconsulti Macedoniani*⁽¹⁸⁾; mais à cause de son obligation naturelle, il n'est pas autorisé à répéter ce qu'il a pu payer⁽¹⁹⁾. Le bénéfice de l'enfant appartient à ses fidéjusseurs, sinon il serait illusoire, puisque les fidéjusseurs, après avoir payé le prêteur, auraient un recours contre l'enfant⁽²⁰⁾; il peut aussi être invoqué par le père de famille poursuivi par l'action *de peculio*, en haine du prêt lui-même⁽²¹⁾.

4° Tant qu'il demeure sous puissance, le fils de famille ne peut valablement renoncer à son bénéfice ni confirmer le prêt; s'il en était autrement, les renonciations des enfants sous puissance seraient de style et le but du législateur aurait été manqué⁽²²⁾.

II. Quel est l'effet des dettes de l'enfant vis-à-vis de son père de famille? Le droit romain suit ici les mêmes principes que pour les dettes des esclaves. Le père peut d'abord être tenu de répondre à l'action des créanciers de ses enfants, par application de la théorie générale du mandat ou de la gestion d'affaires : comme mandant, il est soumis d'après les circonstances aux actions *quod jussu*, exercitoire, tributaire, institoire ou quasi-institoire; du chef d'une gestion d'affaires, il est passible de l'action *de in rem verso*. Il peut ensuite être poursuivi par l'action *de peculio*, et de plus, à l'époque classique, par des actions noxales qui n'ont pas passé dans la législation de Justinien⁽²³⁾. Nous nous référons donc à des explications antérieures⁽²⁴⁾.

(18) L. 7, § 4, 7, 8 et 10, L. 11, D. *cod.*

(19) L. 9, § 4 i. f. et §, L. 10, D. *cod.*; L. 19, pr., L. 40, pr. i. f., D. *de condiet. indeb.* 12, 6; L. 14 i. f., D. *de R. C.* 12, 1.

(20) L. 9, § 5 et 4 initio, cf. L. 7, § 11 initio, D. *de S. M.* 14, 6.

(21) L. 6, pr., C. *cod.*; L. 7, § 10 i. f., D. *cod.* — L. 9, § 1, D. *cod.*; Cf. L. 14, D. *de R. C.* 12, 1.

(22) Arg. L. 7, § 16, L. 8, L. 9, pr., D. *de S. M.* 14, 6; L. 2 i. f., C. *cod.*; Voyez encore L. 9, § 3, L. 10-11, D. *cod.* — LOEBENSTERN, *De Senatusconsulto Macedoniano*, Marbourg, 1828. — DIETZEL, *Das Senatusconsultum Macedonianum*, Leipzig, 1836.

(23) Pr., § 1-6 et 8, I. *h. t.*; L. 1, D. *h. t.*; L. 1, L. 3, L. 8, L. 11-13, C. *h. t.*; § 7, I. *de noxal. act.* 4, 6.

(24) T. II, § 301^{bis}, II, A, 2^o i. f., chn. avec § 242, II, et § 269, II, B.

SECTION III. — DE L'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

I. *quibus modis jus potestatis solvitur* 1, 12;

D. de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur 1, 7;

C. de emancipationibus liberorum 8, 49.

§ 313. Des causes d'extinction de la puissance paternelle.

On peut distinguer cinq causes d'extinction de la puissance paternelle, à savoir :

I. La mort du chef de famille ou de l'enfant, non-seulement la mort naturelle⁽¹⁾, mais aussi la mort civile, c'est-à-dire la grande ou moyenne diminution de tête, car la puissance paternelle comme institution civile ne peut appartenir qu'à des citoyens romains et ne s'exerce que sur eux ⁽²⁾. Cependant, s'il est vrai que la mort du chef de famille met nécessairement fin à sa puissance paternelle, les enfants du second ou du troisième degré ne laisseront pas de retomber sous la puissance de l'ascendant intermédiaire quand il en existe encore un dans la famille⁽³⁾; de même, dans le cas où soit le père, soit l'enfant a été fait prisonnier de guerre, le droit de retour (*jus postliminii*) peut rétablir la puissance paternelle comme si elle n'avait jamais été éteinte⁽⁴⁾.

II. La loi prononce parfois la libération de la puissance paternelle, tantôt en vue de récompenser le fils de famille promu à certaines dignités⁽⁵⁾, tantôt à titre de peine pour le père coupable de crimes qui le rendent indigne de conserver la puissance paternelle⁽⁶⁾. De

(1) ULPÏEN, X, 2 initio; pr., I. h. t., vi^{is} *Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortui eo sui juris fiunt.* — (2) ULPÏEN, X, 5; § 1 et 3, cf. § 2, I. h. t.

(3) ULPÏEN, X, 2; pr., I. h. t., vi^{is} *Sed hoc.....*

(4) GAIUS, I, 129; ULPÏEN, X, 4; PAUL, II, 23, § 1; § 3, I. h. t.; L. 14, pr., ebn. avec L. 16, D. de capt. et de postlim. 49, 13. — Cf. § 1 i. f., I. h. t.; L. 13, pr. et § 2, C. de sent. pass. et restitut. 9, 31.

(5) Ancien droit : AULU-GELLE, I, 12; GAIUS, I, 130; III, 114 i. f.; ULPÏEN, X, 5. — Législation de Justinien : § 4, I. h. t.; L. 3, C. de consul. 12, 5; Nov. 81, præf., c. 1 et 5; Nov. 127, c. 4 i. f.; Cf. L. 66, D. de decur. 10, 51.

(6) L. 2, C. de infant. expos. 8, 32; Nov. 153. — L. 12, C. de episc. aud. 1, 4; L. 6, C. de spectac. 11, 40. — Nov. 12, c. 2.

plus, s'il existe des motifs graves⁽⁷⁾, et surtout en cas de divorce⁽⁸⁾, le juge peut enlever au père l'éducation de ses enfants.

III. Un autre mode d'extinction de la puissance paternelle est la dation en adoption de l'enfant⁽⁹⁾; celui-ci passe sous la puissance de l'adoptant⁽¹⁰⁾.

IV. De même l'adrogation⁽¹¹⁾ et la légitimation⁽¹²⁾ d'une personne qui a des enfants sous puissance, mettent fin à la puissance de cette personne; ses enfants tombent sous la puissance de l'adrogeant ou du légitimateur.

V. Une dernière cause d'extinction de la puissance paternelle est l'émancipation. Les émancipations étaient d'une extrême fréquence à Rome; elles y formaient le correctif de la perpétuité de la puissance paternelle : elles servaient à rendre indépendants les fils de famille devenus capables de se gouverner eux-mêmes. Les conditions de la validité de l'émancipation sont en partie matérielles, en partie formelles.

A) Sous le premier rapport, l'émancipation ne requiert que le consentement du chef de famille⁽¹³⁾ et de l'enfant qu'il s'agit d'émanciper⁽¹⁴⁾; ils sont intéressés à conserver l'un un droit, l'autre une garantie.

B) Au point de vue de la forme, elle ne resta pas toujours la même :

1° A l'époque classique, il n'existait pas de forme *propre* d'émancipation. La loi des Douze tables, considérant la puissance paternelle

(7) L. 1, § 3, L. 3, § 3, D. *de lib. exhib.* 43, 30; Cf. note 13, 1°.

(8) L. un., C. *div. facto* 3, 24; Nov. 117, c. 7, et Authent. *ad l. cit.* — T. II, § 299, VII.

(9) § 8, I. *h. t.* — (10) § 8 i. f., I. cit. — T. II, § 307, II, 1°.

(11) § 11, I. *de adopt.* 1, 11; L. 2, § 2, L. 40, pr., D. *h. t.* — T. II, § 307, II, 2°.

(12) T. II, § 303, III.

(13) § 10, I. *h. t.*; L. 31, D. *h. t.*; L. 8 i. f.; D. *si tab. testam. nullæ extab.* 58, 6; L. 4, C. *h. t.* — Voyez cependant 1° L. 3, D. *si a par. quis manum. sit* 37, 12. — 2° PAUL, IV, 13, § 1; L. 92-95, D. *de condit.* 33, 1; Cf. L. 114, § 8, D. *de teg.* 1°, 30. — 3° L. 32, pr., L. 35, D. *h. t.* (T. II, § 307, I, B, 1°). — 4° L. 16, § 2 i. f. et 3, D. *de curat. fur.* 27, 10.

(14) PAUL, II, 25, § 5; L. 5 i. f., C. *h. t.*, *viz si tamen ipsæ deposuerint*; Nov. 89, c. 11, pr.; Cf. L. 3, C. *h. t.*, *viz nisi infantes sint.*

comme perpétuelle, ne s'était pas occupée de l'émancipation; mais l'absolue nécessité de cette institution fit créer un moyen détourné d'affranchir les enfants de la puissance paternelle. Profitant très-habilement du système décenviral d'après lequel le père de famille perdait la puissance paternelle sur l'enfant qu'il avait vendu trois fois, et même une fois s'il s'agissait de filles ou de descendants de fils⁽¹⁵⁾, la jurisprudence romaine fit admettre que le père pourrait libérer un enfant de sa puissance, en le vendant pour la forme à un tiers, soit une seule fois si c'était une fille ou un descendant de fils, soit trois fois si c'était un fils, avec une manumission après chacune des deux premières ventes pour rendre possible la vente suivante⁽¹⁶⁾; la dernière mancipation laissait l'enfant sous le *mancipium* du tiers⁽¹⁷⁾; mais celui-ci s'était engagé par fiducie à l'affranchir⁽¹⁸⁾, ou ce qui était beaucoup plus usuel, à le remanciper à son père⁽¹⁹⁾; dans le premier cas c'était le tiers, dans le second le père qui affranchissait l'enfant du *mancipium* et le rendait *sui juris*, en acquérant les droits du quasi-patronat⁽²⁰⁾.

2^e Dans la législation de Justinien, l'ancienne forme d'émancipation a fait place à une nouvelle, aussi simple que l'autre était compliquée : l'émancipation s'opère par la seule déclaration du père et de l'enfant, faite devant le tribunal et constatée par procès-verbal⁽²¹⁾. A côté de cette forme due à Justinien, existe l'émancipation par rescrit impérial créée par Anastase; elle présente de l'avantage entre absents⁽²²⁾.

§ 313^{bis}. Des effets de l'extinction de la puissance paternelle.

1^{re} En général, avec la puissance paternelle s'éteignent les droits du père de famille sur la personne et sur le patrimoine de son

(15) T. II, § 310, 2^o.

(16) GAIUS, I, 152; ULPEN, X, 1; § 6 initio, I. h. t.; L. 6 initio, C. h. t.; Cf. PAUL, II, 25, § 2-4. — (17) GAIUS, I, 152 i. f.; L. 3, § 1, D. de cap. min. 4, 5. — (18) ULPEN, X, 1.

(19) GAIUS, I, 140, *vis excepto eo mancipio recipit*.

(20) § 6 i. f., I. h. t. (T. II, § 302, III). — (21) § 6, I. h. t.; L. 6, C. h. t.

(22) § 6, I. h. t., *vis vel ex imperiali rescripto*; L. 3, C. h. t.; L. 6, C. h. t., *vis vel ex lege Anastasiana hoc facere*.

enfant ; l'enfant acquiert la libre disposition de l'une et de l'autre(1), s'il n'est pas tombé sous une puissance nouvelle(2). Par application de ce principe, les enfants procréés par le fils de famille postérieurement à sa libération sont soumis à sa puissance ; mais ceux déjà conçus au moment où la puissance paternelle s'est dissoute, restent dans la famille de leur aïeul, alors même qu'ils ne viendraient au monde que plus tard, d'après leur intérêt présumé(3). L'enfant libéré de la puissance paternelle acquiert également la propriété absolue et illimitée de tous ses biens, si ce n'est qu'en cas d'émancipation le père conserve la moitié de son usufruit, dans l'intérêt même de l'enfant, afin de ne pas détourner le père de l'émancipation (*præmium emancipationis*)(4) ; d'autre part, l'enfant acquiert la propriété du pécule profectice sur le fondement d'une donation tacite, lorsque le père n'en fait pas le retrait en émancipant son enfant(5).

2° A l'époque classique, des effets spéciaux étaient attachés à l'émancipation et à l'extinction de la puissance paternelle à la suite d'une adoption ou d'une légitimation : elles étaient accompagnées d'une petite diminution de tête et brisaient l'agnation(6), tandis que dans les autres cas l'enfant était pleinement maintenu dans son ancienne famille civile(7). Dans le dernier état du droit romain, la petite diminution de tête et l'agnation sont dépourvues d'importance(8).

(1) ULPEN, X, 2, pr., l. h. t. ; Cf. L. 12, D. h. t., cbn. avec L. un., C. de ingr. lib. 8, 50. — (2) § 315, I i. f., III et IV.

(5) GAIUS, I, 155 et 155a ; § 9, l. h. t. ; Cf. GAIUS, I, 155 ; § 7, l. h. t. ; L. 28, D. h. t.

(4) § 2, l. per quas pers. nob. acquir. 2, 9 ; L. 6, § 5, C. de bon., que lib. 6, 61. — Voyez une autre exception au T. II, § 525, V, C, 1°.

(5) Vatic. fragm. 260 cbn. avec L. 51, § 2, D. de donat. 50, 5, et L. 17, C. eod. 8, 54 ; Cf. Nov. 81, c. 1.

(6) GAIUS, I, 162 ; ULPEN, XI, 13 ; PAUL, III, 6, § 29 ; § 5, l. de cap. demin. 1, 16 ; L. 3, pr. et § 1 initio, D. de cap. min. 4, 5 ; Cf. L. 11, C. de legit. hered. 6, 58.

(7) Nov. 81, c. 2 ; Nov. 12, c. 2 ; Arg. GAIUS, III, 10.

(8) Nov. 118, c. 4-5. — T. I, § 57, III, B.

CHAPITRE IV. — DE LA MANUS; § 314.

VAN MAANEN (J. M.). *De muliere in manu et in tutela*. Leyde, 1825.

I. *Notions générales.* Dans le sens propre, la *manus* est la puissance du mari sur sa femme⁽¹⁾. Mais à côté de cette *manus* sérieuse, que l'on peut appeler matrimoniale (*in manum conventio matrimonii causa*)⁽²⁾, s'en forma une autre qui n'était que nominale ou formelle, une *manus* de confiance ou fiduciaire (*in manum conventio fiduciæ causa*)⁽²⁾; en effet, comme toute soumission à la *manus* impliquait une diminution de tête et rompait l'agnation⁽³⁾, la femme recourait à ce moyen pour sortir de sa famille civile, et spécialement quand elle voulait se débarrasser soit de la tutelle de ses agnats⁽⁴⁾, soit de *sacra* de famille onéreux⁽⁵⁾, ou encore à l'effet de faire un testament⁽⁶⁾; l'acquéreur de la *manus* devait manciper la femme à une personne convenue, qui, en affranchissant la femme du *mancipium*, devenait son tuteur fiduciaire⁽⁷⁾. Le droit de Justinien ne connaît plus de *manus* d'aucune espèce⁽⁸⁾.

II. *Acquisition de la manus.* Il y avait trois modes d'acquérir la *manus*, à savoir la *confarreatio*, la *coemptio* et l'usucapion⁽⁹⁾; la *coemptio* seule s'appliquait à la fois à la *manus* matrimoniale et à la *manus* formelle⁽¹⁰⁾.

1° La *confarreatio* (de *cum* et *farreum*, gâteau de farine de froment) était une cérémonie religieuse où l'on employait dix témoins et un pain⁽¹¹⁾; les dix témoins étaient sans doute destinés à représenter pour chaque époux les cinq classes du peuple romain, le pain était le symbole de la vie commune dans le mariage; le grand pontife officiait et unissait les époux; ceux-ci pendant la cérémonie

(1) GAIUS, I, 109 i. f. cbn. avec 110-115; SERVILIUS, *ad Virgil. Georg.* I, v. 31.

(2) GAIUS, I, 114.

(3) Infra III du présent paragraphe, cbn. avec T. I, § 57, III, B, et 1°.

(4) GAIUS, I, 114 i. f. — (5) CIC., *pro Murena* 15. — (6) GAIUS, I, 115^a.

(7) GAIUS, I, 115 et 195^a. — T. I, § 60, II, C, et § 61, 2°.

(8) Cf. T. II, § 287, II, 2° i. f. — (9) GAIUS, I, 110; *Fragm. Vindobonense* V, I initio.

(10) GAIUS, I, 114 cbn. avec 111-115. — (11) GAIUS, I, 112 initio; ULPICIEN, IX, 1.

se tenaient voilés sur des chaises recouvertes de la peau de la brebis qui avait servi au sacrifice⁽¹²⁾. La *confarreatio* se restreignit de bonne heure aux familles de prêtres⁽¹³⁾.

2° La *coemptio* (de *cum* et *emere*) est une mancipation de la femme à son mari, avec une interrogation réciproque sur le point de savoir si on voulait être père ou mère de famille⁽¹⁴⁾; la mancipation n'était qu'une formalité rendant civilement obligatoire la soumission à la *manus*⁽¹⁵⁾.

5° Enfin la *manus* était acquise par la voie de l'usucapion si la femme cohabitait sans interruption avec son mari pendant un an; une absence de trois nuits constituait une interruption⁽¹⁶⁾.

III. *Effets de la manus*. La *manus* faisait passer la femme de la puissance paternelle ou de la tutelle sous la puissance de son mari, avec les effets ordinaires résultant de la soumission d'une personne *alieni* ou *sui juris* à la puissance d'un tiers⁽¹⁷⁾ et en particulier à la puissance paternelle⁽¹⁸⁾. L'analogie avec cette puissance était telle que la femme était réputée fille vis-à-vis de son mari, et par conséquent, lorsque le mari était encore fils de famille, petite-fille vis-à-vis du beau-père; dans ce dernier cas, la femme se trouvait soumise à la *manus* du mari et à la puissance paternelle du beau-père⁽¹⁹⁾. Mais, à la différence de la puissance paternelle, la *manus* ne modifiait guère les rapports personnels entre conjoints; le mari était seulement investi en vertu de la *manus* d'une juridiction criminelle qui pouvait donner lieu à une condamnation à mort, mais qu'il devait

(12) TACITE, *Ann.* IV, 16; SERVIUS, *ad Virgil. Georg.* I, v. 31, *ad Æneid.* IV, v. 104 et 574; DENYS D'Halic., II, 23.

(13) *Fragm. Vindob.* V, 1 initio; TACITE, *Ann.* IV, 16; GAIUS, I, 112 i. f. et 156.

(14) *Fragm. Vindob.* V, 1 i. f.; GAIUS, I, 115 et 123 i. f., ebn. avec 117 et 119; CIC., *pro Flacco* 54, *de orat.* I, 56; BOECI, *ad Top.* 5; SERVIUS, *ad Virgil. Æneid.* IV, v. 214, et *Georg.* I, v. 31; ISIDORE, *Orig.* V, 24.

(15) RUDORFF, in *Puchta's Institut.* III, § 283, note f.

(16) GAIUS, I, 111; CIC., *pro Flacco* 54. — Cf. T. I, § 103, I, A.

(17) GAIUS, I, 162; II, 86, 90, 96 et 98; III, 82-84 et 165; IV, 80. — T. I, § 57, III, B, et 1^{re}. — (18) T. II, § 507, II.

(19) ULPEN, XXII, 14 i. f.; GAIUS, III, 5; I, 148, cf. 156 i. f.

exercer avec l'assistance d'un conseil de famille composé de parents des deux conjoints⁽²⁰⁾.

IV. *Extinction de la manus*. Par analogie de la puissance paternelle, il y avait deux causes de dissolution de la *manus* :

1° La mort naturelle ou civile de l'un des conjoints⁽²¹⁾.

2° L'émancipation de la femme⁽²²⁾, émancipation qui était obligatoire après le divorce dans la *manus* matrimoniale, et d'une façon absolue pour la *manus* fiduciaire⁽²³⁾. Lorsque la *manus* avait été acquise par *confarreatio*, il fallait émanciper par une solennité contraire appelée *diffarreatio*⁽²⁴⁾.

(20) DENYS D'Halic., II, 25; TITE-LIVE, XXXIX, 18; TACITE, *Ann.* XIII, 32; POLYBE, VI, 2.

(21) GAÏUS, I, 157. — § 315, I. — (22) GAÏUS, I, 157^a initio. — § 315, V.

(23) GAÏUS, I, 157^a, *vis et si quidem* — (24) FESTUS, *vo* *Diffarreatio*.

TITRE III.

DES ENFANTS ILLÉGITIMES; § 314^{bis}.

I. *Notions générales.* Sont illégitimes les enfants procréés en dehors d'un mariage valable, en d'autres termes ceux qui ne peuvent bénéficier de la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*⁽¹⁾; ils comprennent les concubinaires, les bâtards ordinaires, les adultérins et les incestueux⁽²⁾. Mais comment s'établit la paternité et la maternité naturelles? La preuve de la maternité naturelle ne présente pas plus de difficulté que celle de la maternité légitime : ici également il s'agit de constater le fait patent de l'accouchement⁽³⁾, dont la preuve ne doit d'ailleurs être rapportée par l'enfant que pour autant que la mère ne l'a pas reconnu comme sien dans l'acte de naissance⁽⁴⁾, ou par tout autre acte passé avec l'enfant, voire même tacitement. Il n'en est pas ainsi de la paternité naturelle : d'un côté, la paternité est un fait occulte échappant à toute constatation directe, et d'un autre côté, on ne pouvait poser ici une présomption comme dans le cas de mariage ; la preuve de la paternité naturelle ne saurait donc résulter que d'une reconnaissance du père⁽⁵⁾; encore cette reconnaissance n'a-t-elle de valeur que pour les enfants concubinaires⁽⁶⁾, de sorte

(1) T. II, § 298, I. — (2) T. I, § 52, I, A, 1^o.

(3) L. 3 initio, D. *de in jus voc.* 2, 4. — (4) Arg. L. 29, § 1, D. *de probat.* 22, 3.

(5) Arg. Nov. 89, c. 12, § 4-5, et Nov. 18, c. 3, *vn Si enim quis moriatur*..... *legem damus*. — (6) Nov. 89, c. 13, pr., c. 12, § 4-5; Nov. 18, c. 3, *vn cit^a*.

que les trois autres classes d'enfants illégitimes n'ont jamais de père aux yeux de la loi (7).

II. *Effets de la parenté illégitime*. Abstraction faite de la légitimation, qui assimile pleinement l'enfant naturel à l'enfant légitime⁽⁸⁾, la parenté naturelle ne produit les effets de la parenté légitime⁽⁹⁾ que sous les modifications suivantes :

1^o L'enfant reste étranger aux parents du père naturel⁽¹⁰⁾.

2^o Même entre l'enfant et le père naturel il y a des restrictions notables à la succession *ab intestat*⁽¹¹⁾ et à la capacité de recevoir⁽¹²⁾; d'ailleurs l'enfant naturel ne tombe pas sous la puissance de son père, il est *sui juris* dès sa naissance et suit la condition de sa mère⁽¹³⁾.

(7) GAIUS, I, 64; § 12, I. *de nupt.* 1, 10, et THÉOPHILE, *eod.*; § 4 initio, I. *de succ. cognat.* 5, 5; L. 23, D. *de statu hom.* 1, 5; Nov. 89, c. 12, § 4 i. f. et 3; Nov. 18, c. 5, v^{is} *Atque hæc dicimus*..... — (8) T. II, § 503, III.

(9) § 7, I. *de secto Tertull.* 5, 3; § 3, I. *de secto Orphil.* 5, 4; § 4 i. f., I. *de succ. cognat.* 5, 5; L. 2, L. 4, L. 8, D. *unde cogn.* 58, 8; L. 29, § 1, D. *de inoffic. testam.* 5, 2; Cf. L. 5, C. *ad sectum Orphil.* 6, 57. — L. 5, § 4, D. *de agnosc. et al. lib.* 23, 5; Arg. Nov. 89, c. 12, § 6. — Nov. 89, c. 14. — L. 4, § 5 i. f., D. *de in jus voc.* 2, 4. — § 10, I. *de nupt.* 1, 10; L. 8, L. 14, § 2, D. *de ritu nupt.* 23, 2. — L. 7, D. *de grad.* 58, 10. — Voyez T. II, § 299.

(10) Arg. Nov. 89, c. 12, § 4 et 6, c. 13-14; Nov. 18, c. 3, v^{is} *Si enim quis moriatur*..... *legem damus*

(11) Nov. 89, c. 12, § 4 et 6, c. 13; Nov. 18, c. 3, v^{is} *Si enim quis moriatur*..... *pro rata unius filii accipiat*. — T. II, § 524, I, E, 1^o.

(12) Nov. 89, c. 12, pr., § 1-3, et c. 15; Nov. 18, c. 3, v^{is} *Parentibus enim liberorum naturalium*..... *ugere permittentes*; Cf. L. 2, C. *de natur. lib.* 5, 27, et Authent. *ad h. l.* — T. II, § 518, I, A, 4^o. — (13) L. 19 i. f., L. 24, D. *de statu hom.* 1, 3.

LIVRE CINQUIÈME.

DES DROITS A CAUSE DE MORT OU DU DROIT HÉRÉDITAIRE.

GANS. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. Berlin, Stuttgart et Tübingen, 1824-1833, 4 vol. — Tome 2 : *Das römische Recht in seiner Stellung zu vor- und nach-römischem*. Berlin, 1823.

VON HARTITZSCH. *Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten*. Leipzig, 1827.

HUNGER. *Das römische Erbrecht*. Erlangen, 1854 (ne contient que la délation et l'acquisition de l'hérédité).

ROSSHIRT. *Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestat-Erbrechts*. Landshut, 1831. — *Das testamentarische Erbrecht bei den Römern*. Heidelberg, 1840, 2 vol. — *Die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte*. Heidelberg, 1853, 2 vol.

MAYER. *Die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen römischen Recht*. Berlin, 1840, et Tübingen, 1834, 2 vol. (La théorie des legs est incomplète.)

VERING. *Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung*. Heidelberg, 1861.

KOEPPEN. *System des heutigen römischen Erbrechts*. Iéna, 1862-1864 (jusqu'ici seulement deux livraisons).

SCHIRMER. *Handbuch des römischen Erbrechts*. Leipzig, 1863 (jusqu'ici un seul volume.)

TEWES. *System des Erbrechts nach heutigem römischen Recht*. Leipzig, 1863-1864, 2 vol.

UNGER. *Das österreichische Erbrecht* (avec recours au droit romain). Leipzig, 1864.

§ 513. Notions préliminaires.

I. Nous entendons par droits à cause de mort (*mortis causa capiones* dans l'acception large⁽¹⁾) ceux que l'on acquiert à l'occasion du décès d'une personne, comme héritier, légataire ou donataire à cause de mort, ou bien en vertu d'une disposition indirecte de der-

(1) L. 38 cbn. avec L. 51, pr., D. de M. C. D. 39, 6.

nière volonté⁽²⁾. Ces divers titres d'acquisition ne sont pas nécessairement à titre universel : dans l'ancien droit romain l'hérédité seule impliquait ce caractère, et cela d'une manière absolue, l'héritier recueillant toujours au moins une quote-part de la succession⁽³⁾; mais au point de vue de la législation de Justinien, il faut en dire autant des legs qui portent sur une quotité du patrimoine, comme nous l'établirons ailleurs⁽⁴⁾.

II. A côté de la mort naturelle, la mort civile ou la diminution de tête peut également produire une succession universelle, car la diminution de tête, en privant le citoyen de l'un des éléments constitutifs de la capacité juridique, le fait considérer comme mort aux yeux de la loi⁽⁵⁾. C'est ainsi :

1° Que la grande diminution de tête produit une succession universelle au profit de celui sous la puissance duquel tombe le nouvel esclave⁽⁶⁾.

2° De même, la moyenne diminution de tête fait succéder le fise à titre universel au citoyen qui perd la cité, toutes les fois que cette perte étant encourue à titre de peine, est accompagnée de la confiscation des biens⁽⁷⁾.

Anciennement il n'y avait pas jusqu'à la petite diminution de tête qui ne donnât lieu à une succession universelle, lorsqu'une personne *sui juris* passait sous la puissance d'autrui⁽⁸⁾; mais cette règle ne s'est pas maintenue dans le droit de Justinien⁽⁹⁾.

Une autre ancienne succession universelle était celle de l'acheteur des biens d'un insolvable (*bonorum emptor*)⁽¹⁰⁾.

(2) L. 51, pr., D. cit. — (3) *Infra* § 516, II. — (4) *Infra* § 570, I, C.

(5) T. I, § 53, 1^o, et § 57.

(6) L. 4, C. de bon. proscript. 9, 49; L. 2, C. de sent. pass. et restitut. 9, 51; Cf. PAUL, III, 4, § 8 i. f.; L. 18, L. 22, pr., D. de capt., et de postlim. 49, 15. — Cf. § 1, I. de succ. subl., quae fieb. . ex sclo Claudiano 5, 12 (T. II, § 50^{bis}, I, 1^o i. f.).

(7) L. 8, C. de pæn. 9, 47; L. 2, C. de bon. proscript. 9, 49; D. de bon. damnat. 48, 20.

(8) GAIUS, II, 86, 90, 96, 98; III, 82-84 et 165; IV, 80; § 6 in medio, I. per quas pers. nob. acquir. 2, 9; pr. et § 1, I. de acquis. per adrog. 5, 10.

(9) § 2-5, I. eod. — T. I, § 57, III, B.

(10) GAIUS, II, 98; IV, 53 ebn. avec 54; Cf. pr., I. de succ. subl., quae fieb. per bon. vend. 5, 12. — T. II, § 409, II, B, 2^o, a.

TITRE I.

DE L'HÉRÉDITÉ.

CHAPITRE I. — DE L'HÉRÉDITÉ EN GÉNÉRAL.

§ 516. Caractère de l'hérédité.

L'hérédité (*hereditas*) est la succession universelle à un défunt : *hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit* (1). D'après cette définition, le caractère fondamental de l'hérédité est d'être une succession à titre universel (2) : l'héritier représente le défunt, de manière à ne former avec lui qu'une seule et même individualité juridique (3). En conséquence :

1° Il succède indistinctement à tous les rapports juridiques de son auteur, fussent-ils par leur nature intransmissibles d'une personne à une autre, car en droit l'héritier n'est que la continuation du défunt et non une personne distincte de ce dernier (4).

2° L'héritier doit être appelé au moins à une quote-part de la succession ; celui qui ne recueille que des biens déterminés, est un simple légataire, puisqu'il ne représente pas le défunt dans l'ensemble

(1) L. 24, D. de V. S. 30, 16 ; L. 62, D. de R. J. 50, 17.

(2) GAUC, II, 97 i. f. ebn. avec 98 ; § 6 in medio, l. *per quas pers. nob. acquir.* 2, 9 ; L. 37, D. de A. v. O. H. 29, 2 ; L. 3, pr. et § 1, D. de bon. poss. 37, 1 ; L. 208, D. de V. S. 50, 16. — (3) Nov. 48, præf. i. f.

(4) L. 57 i. f., D. de A. v. O. H. 29, 2 ; L. 8, pr. in medio, D. eod. ; L. 3, pr. i. f., D. de bon. poss. 37, 1. — Infra § 542, I, 1°.

de sa sphère juridique⁽⁵⁾. Il y a plus : alors même que l'héritier ne serait appelé originairement qu'à une portion de la succession, il n'en obtient pas moins le tout si ses cohéritiers font défaut ; car, en sa qualité de représentant du défunt, il a naturellement droit à l'ensemble de son patrimoine, et ne peut être empêché de le recueillir que par la présence de cohéritiers dont le titre est égal au sien⁽⁶⁾. Les Romains avaient l'habitude de diviser la succession en douzièmes, de même que leur unité monétaire, l'as, comprenait douze onces, et en se servant de dénominations identiques pour désigner chaque douzième des biens héréditaires ; ces dénominations étaient les suivantes : *uncia* ($\frac{1}{12}$), *sextans* ($\frac{2}{12}$ ou $\frac{1}{6}$), *quadrans* ($\frac{3}{12}$ ou $\frac{1}{4}$), *triens* ($\frac{4}{12}$ ou $\frac{1}{3}$), *quincunx* ($\frac{5}{12}$), *semis* ($\frac{6}{12}$ ou $\frac{1}{2}$), *septunx* ($\frac{7}{12}$), *bes* (*bis triens*, $\frac{8}{12}$ ou $\frac{2}{3}$), *odrans* ($\frac{9}{12}$ ou $\frac{3}{4}$), *dextans* ($\frac{10}{12}$ ou $\frac{5}{6}$), *deunx* ($\frac{11}{12}$), et *as* (toute l'hérédité)⁽⁷⁾ ; mais cette division n'avait rien d'obligatoire pour le testateur⁽⁸⁾.

5° Enfin, l'héritier représentant la personne du défunt, acquiert la succession directement et sans aucun intermédiaire⁽⁹⁾. Mais la succession immédiate au défunt rencontrait cet obstacle matériel que l'héritier n'acquiert en général l'hérédité que par une acceptation subséquente au décès de son auteur⁽¹⁰⁾ ; de là une solution de continuité entre la personne du défunt et celle de l'héritier⁽¹¹⁾. Le droit romain comble la lacune en admettant que, dans l'intervalle entre la mort du *deujus* et l'acceptation de sa succession, celle-ci forme elle-même une personnalité juridique⁽¹²⁾, qui continue momentanément la personne du défunt⁽¹³⁾ ; n'ayant qu'un caractère transi-

(5) L. 13, C. de hered. instit. 6, 24 ; Cf. L. 1, § 4, D. eod. 28, 3 ; L. 41, § 8 i. f., D. de V. et P. S. 28, 6. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 449, *Ann.* 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 535. — (6) L. 51, L. 53, § 1, D. de A. v. O. H. 29, 2.

(7) § 3 initio, I. de hered. instit. 2, 14 ; L. 50, § 2, D. eod. 28, 3 ; Cf. L. 21, § 2, D. de ann. leg. 35, 1, *vis semunciam* ($\frac{1}{24}$) et *sicilicium* ($\frac{1}{48}$) ; § 3 i. f., I. cit.

(8) L. 13, § 1, D. de hered. instit. 28, 3 ; PAUL, III, 4b, § 6 initio ; § 3 initio, I. de hered. instit. 2, 14. — (9) Cf. T. II, § 348, I. — (10) T. II, § 340, I.

(11) Cf. GAUS, II, 9 i. f. ; L. 1, pr. in medio, D. de divis. rer. 1, 8.

(12) L. 22 i. f., D. de fidejuss. 46, 1.

(13) § 2 in medio, I. de hered. instit. 2, 14 ; pr. initio, I. de stipul. serv. 3, 17 ; L. 35, § 2, L. 34, D. de A. R. D. 41, 1.

toire, l'hérédité jacente n'a pas, comme les autres personnes juridiques, un représentant ou un administrateur; il en résulte qu'elle n'est capable d'acquérir⁽¹⁴⁾ et de s'obliger⁽¹⁵⁾ que pour autant qu'aucune manifestation de volonté n'est nécessaire à cette fin; de plus, une fois que la succession vient à être acceptée, l'acceptation rétroagit jusqu'au jour de la mort du *deujus*⁽¹⁶⁾. Quelques interprètes ont contesté la personnification civile de l'hérédité jacente⁽¹⁷⁾; mais cette opinion est inconciliable avec la capacité que tout le monde reconnaît à l'hérédité jacente⁽¹⁸⁾; la question ne présente d'ailleurs qu'un intérêt théorique⁽¹⁹⁾.

§ 317. *Des diverses espèces d'hérédités.*

I. 5, 9, et D. 37, 1, de *bonorum possessionibus*.

FABRICIUS. *Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum*. Berlin, 1857.

LEIST. *Die bonorum possessio, ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*. Göttingen, 1844-1848, 2 vol.

HINGST. *Commentatio de bonorum possessione*. Amsterdam, 1858.

JANSSONIUS. *De origine bonorum possessionis ejusque vi in adjuvando, supplendo jure Romanorum hereditario*. Groningue, 1859.

I. *Notions générales*. Dans le système héréditaire, comme dans celui de la propriété, nous rencontrons l'antagonisme du droit civil et du droit des gens; nous y voyons fonctionner ensemble deux institutions essentiellement divergentes. Ce dualisme remonte au sixième ou au septième siècle de Rome, époque à laquelle apparaît, à côté

(14) L. 31, § 3, L. 40, D. de usurp. 41, 3 — pr., I. de stipul. serv. 3, 17; L. 35, D. eod. 45, 5. — L. 15, § 2, L. 45, D. ad leg. Aquil. 9, 2.

(15) L. 3, pr. et § 6, L. 21, § 1, D. de neg. gest. 3, 3. — L. 77, D. de V. O. 45, 1.

(16) L. 34, D. de A. v. O. H. 29, 2; L. 158, pr., L. 193, D. de R. J. 30, 17; L. 28, § 4 in medio, D. de stipul. serv. 45, 5; pr. i. f., I. eod. 5, 17; Cf. L. 24, D. de novat. 46, 2.

(17) DE SAVIGNY, *System II*, § 102. — KELLER, *Pand.* § 456 i. f. — KOEPPEN, I. c. § 2. — Cf. SCHIRMER, I. c. I, § 3. — (18) Voyez les textes cités aux notes 14 et 15.

(19) En notre sens MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 615. — PUCHTA, *Pand.* § 447. — UNGER, I. c. § 7. — ARNDTS, *Lehrb.* § 465, Ann. 1 et 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 551. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 107, et note 3.

de l'hérédité civile, la *bonorum possessio* qui se forme et se développe sous l'influence du préteur (1).

1^o Comme les réformes prétoriennes en général, la *bonorum possessio* avait un triple but : parfois elle ne tendait qu'à confirmer le droit civil, à savoir quand elle était accordée à des héritiers civils, pour lesquels elle était seulement utile à cause de l'interdit *Quorum bonorum*, et non nécessaire ; mais la *bonorum possessio* servait aussi à suppléer le droit civil, en appelant à la succession, subsidiairement aux héritiers civils, des personnes dépourvues de cette qualité, et même à corriger le droit civil, en leur déférant la succession avec ou avant des héritiers civils (2). Nous pensons que ces trois sortes de *bonorum possessiones* furent introduites à Rome dans l'ordre prémentionné ; les deux premières existaient déjà à l'époque de Cicéron, la troisième est postérieure (3).

2^o En ce qui concerne la délation, la *bonorum possessio* s'accorde contrairement à la teneur d'un testament (*contra tabulas vel lignum*), d'après un testament (*secundum tabulas*), ou *ab intestat* (*bonorum possessio intestati*) (4). La *bonorum possessio contra tabulas* vient en premier lieu, à son défaut la *bonorum possessio secundum tabulas*, et en dernière ligne la *bonorum possessio intestati* (5).

II. Différences entre l'hérédité et la *bonorum possessio*.

A) La différence capitale entre les deux systèmes est relative aux sujets. Le droit civil et le droit prétorien appellent souvent à la succession des personnes différentes, et cet antagonisme se révèle à l'occasion des trois modes de délation de la *bonorum possessio*.

(1) PR., I. h. t.; L. 3, § 2, D. h. t.; Cf. GAJUS, III, 23.

(2) GAJUS, III, 34 i. f.; pr. et § 1, I. h. t.

(3) CIC., in *Verrem* I, 44-45; *pro Cluentio* 13 et 60. — EN CE SENS SCHWEPPE, *Röm. Rechtsgeschichte* § 462. — FABRICIUS, I. c. — LEIST, I. c. I, c. 1. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 620. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 398, Anm. — CONTRA DE SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss.* V, p. 14 sq. — PUCHTA, *Institut.* III, § 316 i. f. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 332, note 4.

(4) ULPEN, XXVIII, 1, cf. 2, 3 et 7; § 3, cf. § 1, I. h. t.; L. 6, § 1, D. h. t.

(5) ULPEN, XXVIII, 2, 3 et 7; § 3, I. h. t.; L. 2, pr., D. de R. P. sec. tab. 37, 11; L. 1, pr. et § 2, D. si tab. testam. nullae ext. unde liberi 58, 6; L. 1, § 1, D. quis ordo in poss. serv. 58, 13.

1° Le droit civil n'admettait à la succession nécessaire, en opposition avec un testament, que les seuls héritiers siens ou descendants sous puissance immédiate. Le préteur déféra la *bonorum possessio contra tabulas* à ces personnes et à celles qui auraient eu la même qualité sans une diminution de tête, principalement aux enfants émancipés (6).

2° Le droit civil et le droit prétorien avaient établi chacun une forme de testament; ils accordaient respectivement l'hérédité testamentaire et la *bonorum possessio secundum tabulas* au porteur de leur testament (7).

3° *Ab intestat* chacun avait encore ses successibles propres. Le droit civil ne connaissait que les agnats. Le préteur appelait aussi les cognats à la succession, mais seulement après les agnats, sauf qu'avec les héritiers siens il faisait concourir ceux qui auraient eu le même titre sans une diminution de tête (8).

B) Une seconde différence concernait le mode d'acquérir la succession dans chaque système, et ici c'était l'hérédité qui se montrait la plus facile. Elle s'acquerrait par une manifestation quelconque de volonté (9) et sans limitation de délai (10). Au contraire l'acquisition de la *bonorum possessio* supposait une déclaration faite en justice (11), endéans un bref délai (12).

C) En dernier lieu, les effets de l'acquisition de la *bonorum possessio* n'étaient pas aussi complets que ceux de l'hérédité. Le *bonorum possessor* n'était pas héritier en titre, car le préteur était impuissant à conférer cette qualité; mais si le *bonorum possessor* n'avait pas le nom d'héritier, en fait le préteur lui assurait les mêmes droits: il lui accordait ou accordait contre lui toutes les actions ordinaires comme actions utiles, en s'appuyant sur la fiction qu'il

(6) GAIUS, II, 123 et 133; ULPIN, XXVIII, 2. — T. II, § 332, I.

(7) GAIUS, II, 102-104 et 119. — T. II, § 330, I, B, et II.

(8) GAIUS, III, 1, 9, 19, 24-26 et 30. — T. II, § 321-322.

(9) § 7, I. *de hered. qualit. et differ.* 2, 19. — T. II, § 340, I, et II, 4°.

(10) GAIUS, II, 167 initio. — T. II, § 340.

(11) Arg. L. 2, § 1, D. *quis ordo in poss. serv.* 38, 13; Cf. L. 3, § 8, D. *h. t.* — T. II, § 341, 1°. — (12) ULPIN, XXVIII, 10-11; § 8-9, I. *h. t.* — T. II, § 341, 2°.

était héritier, *perinde ac si heres esset*, ou *ficto eo herede* (15). Néanmoins assez longtemps le *bonorum possessor* ne disposa point de la pétition d'hérédité, laquelle semblait exiger impérieusement la qualité d'héritier; mais à sa place le prêteur avait créé un autre moyen, plus avantageux même que la pétition d'hérédité, à savoir l'interdit acquisitif de la possession *Quorum bonorum*(14); plus tard le *bonorum possessor* obtint la pétition d'hérédité comme *possessoria*(15), et alors sa position devint plus favorable que celle de l'héritier civil, puisque lui seul avait droit à l'interdit *Quorum bonorum*.

III. *Collision entre l'hérédité et la bonorum possessio*. Ces deux théories si opposées, surtout quant aux appelés, recevaient leur application distincte à toutes les successions : celles-ci étaient déférées séparément par le droit civil et par le droit prétorien. Il va de soi que dans chaque cas particulier l'un des deux systèmes devait céder devant l'autre; le système et le successible qui l'emportaient recevaient la qualification de *cum re*, le système et le successible succombant étaient dits *sine re*(16). L'hérédité *sine re* et la *bonorum possessio sine re* n'étaient pas des droits illusoires : elles produisaient tous les effets ordinaires de l'hérédité ou de la *bonorum possessio*, sauf vis-à-vis de l'adversaire *cum re*; l'héritier *sine re* ou le *bonorum possessor sine re* se trouvait par là dans une position similaire à celle du possesseur de bonne foi, qui dispose de l'action Publicienne contre tout le monde, si ce n'est contre ceux dont le droit est supérieur ou égal au sien(17). Mais d'après quels principes se vidait le conflit entre les deux systèmes ? Distinguons deux hypothèses :

1° Le droit civil et le droit prétorien déféraient la succession à la même personne. Alors tout conflit cessait si l'appelé commun

(15) GAIUS, III, 52; IV, 54; ULPIN, XXVIII, 12; § 2, l. h. t.; L. 1-2, D. h. t.; L. 117, D. de R. J. 50, 47.

(14) GAIUS, IV, 144; § 3, l. de interd. 4, 15; L. 1-2, D. quor. bon. 45, 2.

(15) L. 1-2, D. de poss. hered. petit. 5, 5. — PUCHTA, Institut. III, § 316 initio. — SCHWEPPE, Röm. Rechtsgesch. § 472.

(16) GAIUS, IV, 55; ULPIN, XXVIII, 15. — VANGEROW, Lehrb. II, § 599, Anm. — SCHWEPPE, Röm. Rechtsgesch. § 465.

(17) Cette comparaison ingénieuse est due à PUCHTA, Institut. III, § 516 in medio.

demandait la *bonorum possessio*, comme il y avait intérêt pour jouir de l'interdit *Quorum bonorum*; car de cette façon les qualités d'héritier civil et de *bonorum possessor* se réunissaient sur sa tête (18). S'il ne profitait point de la *bonorum possessio*, le prêteur continuant l'application de son système, appelait le *bonorum possessor* subséquent; mais dans ce cas le dernier était *sine re*, puisque en définitive son adversaire avait un droit meilleur même dans le système prétorien (19).

2° Un *bonorum possessor* se trouvait en présence d'un héritier civil (dès le principe, et non après coup comme dans l'espèce précédente). Ici la *bonorum possessio* était *cum re* lorsqu'elle était accordée *ab intestat* ou contrairement à un testament, par la raison que le but du prêteur était de faire arriver à la succession des parents du sang, en concours avec des héritiers civils ou avant eux, et de corriger ainsi le droit civil (20). Mais jusque dans la période classique la *bonorum possessio secundum tabulas* était en général *sine re* (21); dans la législation de Justinien elle est aussi *cum re* (22).

IV. *Importance de la bonorum possessio dans la législation de Justinien.* La *bonorum possessio* avec ses principes plus libres finit par l'emporter sur l'hérédité civile, et dans le droit de Justinien elle l'a presque partout refoulée. Nous constatons ce triomphe de la *bonorum possessio* dans les trois formes de délation qu'elle affecte. *Ab intestat* le principe de la cognation, dont le prêteur ne tenait compte qu'en le faisant généralement céder devant celui de l'agnation, a si bien prévalu qu'en vertu de la nouvelle 118 les cognats sont parfaitement assimilés aux agnats (23). Dans l'hérédité testamentaire c'est encore le testament prétorien qui absorbe le testament civil, déjà à partir de Théodose II; car le testament du droit nouveau

(18) GAIUS, III, 54; Cf. L. 12, C. de jure delib. 6, 50.

(19) GAIUS, III, 53-58; ULPEN, XXVIII, 15; Cf. L. 2, § 21, D. ad sc. Tertull. 58, 17.

(20) GAIUS, II, 155; III, 26.

(21) GAIUS, II, 119 et 149; Cf. L. 12, pr. initio, D. de inj. . . testam. 28, 5.

(22) T. II, § 327, II, 1°, cf. § 330, II cbn. avec III, et § 332, III, A, 1°, cbn. avec § 335, I, 2°. — (23) Nov. 118, præf., c. 1-4. — T. II, § 324.

a pour base essentielle celui du prêteur⁽²⁴⁾. Enfin pour la succession nécessaire, depuis la novelle 113, ce ne sont plus les seuls héritiers siens que le testateur doit prendre en considération dans son testament, mais tous ses descendants, voire même ses ascendants; d'autre part, dès la fin de la république, les descendants et ascendants, et jusqu'à un certain point les frères et sœurs, avaient droit à une légitime⁽²⁵⁾. En présence de ces réformes, Justinien aurait dû, comme il le fit dans plusieurs autres théories, porter une mesure générale : abolir radicalement et fondre dans l'hérédité la *bonorum possessio*, qui ayant rempli sa mission, n'avait plus de raison d'être. L'empereur ne le comprit point, il laissa subsister la *bonorum possessio*; mais dans sa législation elle ne forme plus un système propre de succession; elle ne remplit plus qu'un rôle subsidiaire à l'égard de l'hérédité, et c'est sous cet aspect que nous la rencontrerons dans la suite du cours pour une série de cas particuliers. Elle subsiste :

A) Dans l'hérédité *ab intestat*, pour le conjoint survivant (*bonorum possessio unde vir et uxor*)⁽²⁶⁾.

B) Dans l'hérédité testamentaire, lorsque le disposant devenu incapable après la confection du testament a recouvré la capacité lors de son décès⁽²⁷⁾.

C) En faveur d'un héritier quelconque, légitime ou testamentaire, quand une aliénation mentale l'empêche d'accepter l'hérédité, auquel cas son père de famille ou son curateur est admis à la *bonorum possessio furiosi nomine*⁽²⁸⁾.

D) A titre provisoire : 1° Lorsque quelqu'un produit un testament ayant tous les caractères extérieurs de validité (*bonorum possessio ex testamento*, vulgairement appelée *remedium ex lege ultima C. de edicto divi Hadriani tollendo* 6, 55)⁽²⁹⁾.

(24) § 3, I. de *testam. ordin.* 2, 10. — T. II, § 550, III.

(25) Pr. et § 1, I. de *inoffic. testam.* 2, 18; Nov. 113, c. 3-5. — T. II, § 553-555.

(26) § 6, I. h. t. — T. II, § 524, I, E, 2^o i. f.

(27) GAIUS, II, 147. — T. II, § 527, II, 1^o.

(28) L. 7, § 3, C. de *curat. fur.* 5, 70. — T. II, § 541, 2^o.

(29) L. 3, C. 6, 55, citée dans le texte. — T. II, § 544, II, B.

2° Si la veuve ou la belle-fille du défunt paraît être enceinte d'un héritier du *decujus* (*bonorum possessio ventris nomine*)⁽⁵⁰⁾.

3° Si le *decujus* laisse un enfant dont la légitimité et partant le titre d'héritier sont contestés, et qu'à raison de l'impuberté de l'enfant il soit sursis au jugement de la question d'état (*bonorum possessio Carboniana*)⁽⁵¹⁾.

E) Enfin tout héritier a intérêt à acquérir la *bonorum possessio* pour avoir droit à l'interdit *Quorum bonorum*, qui est demeuré exclusivement réservé au *bonorum possessor*; c'est là, sous Justinien, l'utilité générale de la *bonorum possessio*⁽⁵²⁾.

§ 518. De la capacité d'hériter et de l'indignité.

I. DE LA CAPACITÉ D'HÉRITER. A) *Qui est capable d'hériter?* Avant tout il faut être une personne : de là l'incapacité de ceux qui ne sont pas encore conçus à la mort du *decujus*⁽¹⁾ et l'incapacité de l'esclave⁽²⁾. Mais un esclave est valablement institué par son maître quand il reçoit en même temps la liberté, cette institution étant faite au profit d'un homme libre⁽³⁾; Justinien est allé jusqu'à admettre que l'institution d'un esclave par son maître implique de plein droit un affranchissement tacite, car ce n'est qu'en considérant son esclave comme libre que le maître a pu songer à l'instituer d'une manière efficace⁽⁴⁾. L'on comprend également que l'on peut instituer l'esclave d'un tiers; une telle institution s'adresse moins à l'esclave qu'à son maître; c'est de la volonté du maître que dépend souverainement l'acquisition

(50) L. 1, pr. et § 1, D. de ventre in poss. mitt. 37, 9; Cf. D. 25, 5 et 6.

(51) L. 1, pr., D. de Carbon. ed. 37, 10; L. 2, C. eod. 6, 17.

(52) § 3, l. de interd. 4, 15. — T. II, § 344, II, A.

(1) § 8 in medio, l. de heredit., quæ ab intest. defer. 5, 1. — T. I, § 27, I.

(2) L. 3, pr., D. de his, quæ pro non script. hab. 34, 8; L. 13, D. de B. P. 37, 1; Cf. GAJUS, II, 187.

(3) GAJUS, II, 154 et 188; ULPIN, XXII, 7, 11 et 12; § 1, l. de hered. instit. 2, 14; § 1, l. de hered. qualit. et differ. 2, 19.

(4) Pr., l. de hered. instit. 2, 14; l. 5, § 1, C. de neccas. serv. hered. instit. 6, 27; Cf. GAJUS, II, 186-187, et L. 1, C. eod. 6, 27.

de l'hérédité, l'esclave n'est admis à l'accepter que sur son ordre⁽⁵⁾. Mais indépendamment de ces capacités de droit commun, plusieurs incapacités frappent des personnes proprement dites, et notamment :

1° Les étrangers, à cause du caractère civil du droit de succession⁽⁶⁾; depuis Caracalla cette incapacité ne reçoit plus d'application qu'aux barbares et aux déportés⁽⁷⁾.

2° Les personnes juridiques, sauf certaines exceptions; la raison en est que les personnes civiles ne sauraient hériter *ab intestat* faute d'avoir des parents, et par voie de conséquence on les a exclues des successions testamentaires⁽⁸⁾.

3° Lorsqu'une personne ayant des enfants d'un premier lit se remarie, elle ne peut donner à son nouveau conjoint au delà d'une part d'enfant du premier lit le moins prenant; cette incapacité a pour but de protéger les enfants du premier mariage contre des captations du second conjoint⁽⁹⁾. En outre, la veuve qui convole à un second mariage moins d'un an avant la dissolution du premier, ne peut plus succéder *ab intestat* que jusqu'au troisième degré, et ne peut rien recevoir par testament; c'est une peine du convol anticipé⁽¹⁰⁾.

4° En principe, il n'existe entre les enfants naturels et leur père comme entre ce dernier et sa concubine, ni droit de succession *ab intestat* ou par testament, ni même un droit aux aliments, dans l'intérêt du mariage et des bonnes mœurs⁽¹¹⁾; les donations entre-vifs par lesquelles on voudrait éluder cette incapacité, sont également frappées de nullité⁽¹²⁾. La règle n'est tempérée que pour les enfants concubinaires et leur mère. Le père naturel ayant des enfants légitimes peut laisser à ses enfants naturels et à sa concubine un

(5) GAIUS, II, 183 et 189; ULPIN, XXII, 7 et 13; § 1 i. f., 2 et 3, I. de hered. inst. 2, 14.

(6) ULPIN, XXII, 2; XVII, 1; L. 6, § 2, D. de hered. instit. 28, 3.

(7) L. 13, D. de B. P. 37, 1; L. 1, C. de hered. instit. 6, 24.

(8) L. 6, § 7 i. f., D. de inj. . . testam. 28, 3; L. 1-3, C. de hered. decur. etc. 6, 62; NOV. 131, c. 13. — T. 1, § 59, IV, 1^o, et T. II, § 524, 1, E, 5^o.

(9) L. 6, L. 10, C. de sec. nupt. 3, 9; Nov. 22, c. 27-28; Cf. L. 9, C. eod. 3, 9. — T. II, § 501, II, A, 2^o. — (10) L. 1, C. eod. 3, 9; Nov. 22, c. 22. — T. II, § 501, II, B, 4^o.

(11) L. 6, C. de inc. et inutil. nupt. 3, 3; Nov. 89, c. 13, pr.

(12) Nov. 89, c. 12, § 2 i. f.

douzième de ses biens, et un vingt-quatrième à sa concubine seule⁽¹³⁾; s'il a des ascendants, il suffit qu'il respecte leur légitime⁽¹⁴⁾; à défaut de réservataires, il peut donner sans aucune restriction⁽¹⁵⁾. De même le père naturel peut recevoir un douzième de ses enfants concubinaires lorsqu'ils ont une descendance légitime, et d'une manière indéfinie à défaut de pareille descendance, sauf encore la réserve de la mère et des ascendants maternels⁽¹⁶⁾. Nous nous occuperons plus loin du droit de succession *ab intestat* appartenant aux enfants concubinaires et à la concubine vis-à-vis du père naturel, et réciproquement⁽¹⁷⁾.

L'ancienne jurisprudence romaine connaissait plusieurs autres incapacités d'hériter qui n'ont pas passé dans la législation de Justinien :

3° On ne pouvait instituer des personnes incertaines, faute d'en avoir une notion précise, condition naturelle d'une libéralité⁽¹⁸⁾. Cette incapacité s'appliquait surtout aux posthumes, c'est-à-dire à ceux qui n'étaient pas conçus à l'époque de la confection du testament, même aux posthumes siens qui devaient à leur naissance tomber sous la puissance immédiate du disposant⁽¹⁹⁾. Plus tard on se montra moins rigoureux. On commença par autoriser l'institution d'une personne incertaine avec une désignation spéciale⁽²⁰⁾. On permit ensuite d'instituer les posthumes siens, d'abord ceux du premier degré venus au monde après la mort du testateur⁽²¹⁾, puis, au moyen d'une formule d'Aquilius Gallus, ceux du second degré nés à la

(13) Nov. 89, c. 12, § 2; Nov. 18, c. 3, *vis Parentibus enim obtinebat*, et Nov. 89, c. 12, pr. initio.

(14) Nov. 89, c. 12, § 3 initio; Cf. Nov. 18, c. 3, *vis legitimis vero liberis non existentibus permittentes*, et Nov. 89, c. 12, pr. in medio et § 1 initio.

(15) Nov. 89, c. 12, § 3; Cf. Nov. 18, c. 3, *vis citius*, et Nov. 89, c. 12, pr. i. f.

(16) Nov. 89, c. 13.

(17) *Infra* § 524, I, E, 1°. — Mentionnons encore l'incapacité qui frappait les hérétiques et les apostats (L. 1, L. 3, C. *de hæret.* 1, 3; L. 3, C. *de apost.* 1, 7; Nov. 118, c. 6), ainsi que les enfants des condamnés pour haute trahison, en vertu de la scandaleuse loi *Quisquis* (L. 3, § 1 et 3, C. *ad leg. Jul. majest.* 9, 8).

(18) ULPEN, XXII, 4; GAIUS, II, 258 initio, cf. 287.

(19) ULPEN, XXII, 19; GAIUS, II, 242, cf. 287.

(20) GAIUS, II, 258 i. f. — (21) ULPEN, XXII, 19 initio.

même époque, après que leur père lui-même était prédécédé au testateur (posthumes Aquiliens)⁽²²⁾; faisant un pas de plus, la loi Junia Velleia de l'an 765 de Rome valida l'institution des posthumes siens qui naissaient du vivant du testateur mais après la confection de son testament (posthumes Velléiens)⁽²³⁾. De son côté le préteur ouvrit la *bonorum possessio secundum tabulas* aux posthumes étrangers⁽²⁴⁾. Enfin Justinien admit l'institution de toute personne incertaine par cela seul que l'institué devenait certain dans la suite, en respectant ainsi d'une façon absolue la volonté du testateur⁽²⁵⁾.

6° Une autre incapable de l'ancien droit romain était la femme, sur le fondement de la loi Voconia de l'an 585 de Rome. Cette loi qui fut portée à l'instigation de Caton l'Ancien, se proposait pour but de refréner le luxe des femmes en leur enlevant les ressources qui l'alimentaient : elle défendit donc à des citoyens de la première classe d'instituer des femmes⁽²⁶⁾, ou de leur léguer au delà de la moitié des biens⁽²⁷⁾; les juriconsultes, aiguillant encore la rigueur de la loi, l'étendirent de la succession testamentaire à la succession *ab intestat*, en ce sens que la femme ne succéderait plus dans l'ordre des agnats que jusqu'au second degré, comme sœur consanguine; cette interprétation extensive prit le nom de *Voconiana ratio*⁽²⁸⁾. La loi Voconia tomba sous l'empire avec le cens⁽²⁹⁾, et Justinien abrogea la *Voconiana ratio*⁽³⁰⁾.

7° En dernier lieu venaient quatre classes de personnes frappées d'une incapacité de recevoir par testament, les trois premières par

(22) ULPEN, XXII, 15; L. 29, pr., § 1-4, D. de lib. et posth. hered. 28, 2.

(23) GAIUS, II, 134; ULPEN, XXII, 19 i. f.; L. 29, § 11-12, D. de lib. et posth. hered. 28, 2. — (24) PR., I. de B. P. 5, 9.

(25) § 27-28, I. de leg. 2, 20; L. un., D et E, C. de inc. pers. 6, 48.

(26) GAIUS, II, 274; Cf. AULU-GELLE, VII, 15, et CIC., in Verrem I, 42.

(27) QUINTILIEN, Declam. 264.

(28) GAIUS, III, 14 et 25; PAUL, IV, 8, § 22; ULPEN, XXVI, 6.

(29) AULU-GELLE, XX, 1 et 25.

(30) § 3, I. de legit. agn. succ. 5, 2; L. 14, C. de legit. her. 6, 58. — DE SAVIGNY, *Ueber die lex Voconia*, Berlin, 1820 (aussi dans les *Abhandl. der Berliner Academie*, 1820). — HASSE, *Rhein. Museum* III, p. 185-215 (1829). — GIRAUD, *Du vrai caractère de la loi Voconia chez les Romains*, Paris, 1841. — BACHOFEN, *Die lex Voconia*, Bale, 1845. — VANGEROW, *Ueber die lex Voconia*, Heidelberg, 1865.

la loi Julia et Papia Poppæa, à moins qu'il n'y eût parenté avec le testateur jusqu'au sixième degré ou alliance en ligne directe⁽⁵¹⁾, la quatrième par la loi Junia Norbana. C'étaient :

a) Les célibataires (*cælibes*), terme par lequel il faut entendre tous les individus actuellement non mariés et sans enfants ; leur incapacité était absolue⁽⁵²⁾.

b) Les citoyens mariés mais sans enfants (*orbi*) ; ils étaient incapables pour moitié, car ils ne réunissaient que l'une des deux qualités légales, celle du mariage, et non celle de la paternité⁽⁵³⁾. Il ne suffisait même pas pour jouir d'une pleine capacité vis-à-vis de son conjoint d'avoir un enfant quelconque, il fallait un enfant commun (*jus communium liberorum*)⁽⁵⁴⁾ ; en l'absence d'un pareil enfant, on ne pouvait recevoir qu'un dixième des biens du conjoint en pleine propriété et un tiers en usufruit, plus un dixième pour chaque enfant d'un précédent lit ; de là la dénomination de lois décimaires appliquée à cette partie importante des lois Julia et Papia Poppæa⁽⁵⁵⁾.

c) Les personnes ayant des enfants mais actuellement non mariées (*patres solitarii*) ; apparemment leur incapacité n'était que partielle, sans doute de moitié⁽⁵⁶⁾.

d) Les Latins Juniens ; ils ne pouvaient rien recevoir par testament⁽⁵⁷⁾.

L'incapacité qui atteignait ces quatre sortes de personnes, se séparait sensiblement de l'incapacité ordinaire : tandis que celle-ci annule l'institution dans son principe et d'une manière définitive, les célibataires, les *orbi*, les *patres solitarii* et les Latins Juniens étaient valablement institués ; ils pouvaient arriver à la succession en pur-

(51) Il faut y ajouter l'enfant d'un cousin issu de germain (*sobrinus a sobrino natus*), bien qu'il fût du septième degré : Sozomène, *Hist. eccl.* I, 9 ; Ulpien, XVI, l. i. f. ; *Vatic. fragm.* 138 in medio, 214, 215, 216 initio, 218 et 219 ; Voyez encore *Vatic. fragm.* 216 i. f. et 217.

(52) Ulpien, XVII, 1 ; XXII, 3 ; Arg. Gaius, II, 286. — (53) Arg. Gaius, II, 286^a.

(54) L. 4, C. Théod. de jure liber. 8, 17 ; L. 9, eod. 13, 14.

(55) Ulpien, XV, 1 ; L. 2, C. de infirm. pœnis cœl. et de decimaribus sublt. 8, 58 ; Cf. L. 10, D. de præscr. verb. 19, 5 ; L. 48, D. de usur. 22, 1 ; L. 4, C. quando dies leg. ced. 6, 53. — (56) Ulpien, XIII, de cœlibe, orbo et solitario patre.

(57) Gaius, I, 23 ; II, 275. — T. II, § 301^{bis}, III, B, 1^a.

geant leur incapacité par le mariage, par la procréation d'enfants ou par l'acquisition de la cité, suivant les circonstances; à cette fin on leur accordait cent jours après la mort du testateur (58), mais probablement un délai plus long pour la procréation d'enfants. La nature particulière de la capacité requise par les lois Julia et Papia Poppæa et Junia Norbana lui a fait donner le nom de *jus capiundi*, à la place de celui de *testamenti factio passiva* (59). Ces incapacités ont cessé d'exister en droit nouveau. Constantin abolit celle des célibataires, des *orbi* et des *patres solitarii* (40), sauf que le *jus communium liberorum* exigé entre conjoints se maintint jusqu'aux empereurs Honorius et Théodose II (41). De son côté Justinien supprima les Latins Juniens (42).

B) *A quel moment doit exister la capacité de l'héritier?* Tout héritier *ab intestat* ou testamentaire a besoin d'être capable à deux moments :

1° Lors de la délation de l'hérédité, pour que le droit puisse s'ouvrir en sa faveur (43).

2° Lors de l'acquisition de l'hérédité, par un motif non moins évident (44). Il faut même une capacité continue depuis l'ouverture de l'hérédité jusqu'à son acquisition; car, si l'appelé est incapable à un moment quelconque de cette période, l'hérédité ne peut continuer à lui être déférée (45).

De plus l'héritier testamentaire a besoin d'être capable :

3° Lors de la confection du testament, sinon celui-ci est frappé de

(38) ULPEN, XVII, 1; XXII, 3. — (59) GAIUS, I, 23; II, 275, 286 et 286a.

(40) L. 1, C. de *infirm. pæn. cœl. et de decim. subl.* 8, 38. — (41) L. 2, C. *cod.*

(42) § 3, l. de *libert.* 4, 3; L. 1, C. de *lat. libert. toll.* 7, 6 (T. II, § 50(bis), III, B, 1°). — Voyez sur ces incapacités MACHELARD, *De l'accroissement etc. Études sur les lois Julia et Papia Poppæa*, Paris, 1860, p. 41-279. — VAN WETTER, *Accroissement*, Bruxelles, 1866, p. 153-172, p. 176-190, et p. 237-281.

(43) § 4 initio, l. de *hered. qualit. et differ.* 2, 19; L. 49, § 1 initio, D. de *hered. instit.* 28, 3.

(44) § 4, l. cit., v^{is} *Hoc amplius. acquirit hereditatem*; L. 49, § 1 in medio, D. cit.

(45) Arg. § 4, l. cit., v^{is} *Medio autem tempore. inspicimus*, et L. 49, § 1 i. f., D. cit.

nullité originaire et à jamais dépourvu d'effet⁽⁴⁶⁾; cependant, nous avons vu qu'on peut instituer des enfants non encore conçus, pourvu qu'ils le soient à la mort du testateur⁽⁴⁷⁾. L'incapacité intermédiaire entre la confection du testament et l'ouverture de la succession est indifférente; en effet, la confection du testament ne confère encore aucun droit à l'institué, et dès lors son incapacité après la confection du testament n'empêche, ni le testament d'arriver à l'existence, ni la succession de s'ouvrir à son profit, s'il est redevenu capable au moment de cette ouverture⁽⁴⁸⁾.

C) *Quel est l'effet de l'incapacité de l'héritier?* Elle le fait considérer comme n'existant pas au point de vue de la succession, et celle-ci se défère à d'autres comme dans le cas d'inexistence.

II. DE L'INDIGNITÉ. A) *Qui est indigne?* Une personne capable est parfois indigne de profiter de la succession, principalement à cause de sa conduite envers le *decurjus* (D. 54, 9, et C. 6, 53, *de his, quæ ut indignis auferuntur*). Voici les cas les plus importants d'indignité :

1° L'attentat à la vie de l'auteur⁽⁴⁹⁾, et son abandon pendant une aliénation mentale⁽⁵⁰⁾ ou une captivité⁽⁵¹⁾.

2° L'emploi de la force contre l'auteur dans le but soit de le faire tester, soit de l'empêcher de faire ou de changer son testament⁽⁵²⁾, ainsi que la conclusion d'une convention avec un tiers au sujet de la succession future de l'auteur sans le consentement de ce dernier⁽⁵³⁾.

3° L'attaque infructueuse du testament du *decurjus* comme faux ou inofficieux⁽⁵⁴⁾, le refus d'accepter la tutelle ou l'éducation de

(46) § 4 initio, l. cit.; L. 49, § 1 initio, D. cit.

(47) § 27-28, l. de leg. 2, 20; L. un., D et E, C. de inc. pers. 6, 48. — Voyez supra I, A, et 3° du présent paragraphe.

(48) § 4, l. de hered. qualitat. et differ. 2, 19, vis *Medio autem tempore*. *inspiciamus*; L. 6, § 2, L. 39, § 4, L. 49, § 1 i. f., D. de hered. instit. 28, 5.

(49) L. 3, D. h. t.; L. 7, § 4, D. de bon. damn. 48, 20; L. 10, C. h. t.

(50) Nov. 113, c. 3, § 12. — (51) Nov. 113, c. 3, § 13; c. 4, § 7.

(52) L. 1, pr., D. si quis aliq. test. prohib. 29, 6; L. 2, C. eod. 6, 54; L. 1, § 1-2, L. 2, § 1-2, L. 19, D. h. t.; Cf. L. 1, § 1, L. 2, pr., D. si quis aliq. test. prohib. 29, 6.

(53) L. 2, § 3, D. h. t.; L. 29, § 2, L. 50, D. de donat. 59, 5; L. 50, C. de pact. 2, 5. — T. II, § 519, I, B.

(54) L. 8, § 14, D. de inoffic. testam. 5, 2; L. 3, pr. et § 1, L. 7, L. 13, L. 22, D. h. t.; Cf. L. 2, pr., D. h. t., et L. 18, § 1, D. de B. P. contra tab. 37, 4.

l'enfant impubère de l'auteur, lorsqu'on y était appelé par testament⁽⁵⁵⁾, la négligence à faire nommer un tuteur à l'impubère, vis-à-vis de la succession de ce dernier⁽⁵⁶⁾, et le refus d'exécuter les charges testamentaires⁽⁵⁷⁾.

4° L'acceptation d'un fidéicommiss tacite en faveur d'un incapable⁽⁵⁸⁾.

B) *Quel est l'effet de l'indignité?* A la différence de l'incapable, l'indigne peut arriver à la succession⁽⁵⁹⁾; mais il n'est pas admis à la garder, elle lui est enlevée de plein droit (*bona ereptoria vel ereptitia*)⁽⁶⁰⁾. En vertu d'une disposition de la loi Julia et Papia Poppæa, l'indignité profite en principe au fisc⁽⁶¹⁾, exceptionnellement à d'autres personnes⁽⁶²⁾; le successeur de l'indigne le remplace à tous égards⁽⁶³⁾.

§ 519. De la délation et de l'acquisition de l'hérédité.

I. DÉLATION DE L'HÉRÉDITÉ. A) *Notions*. L'hérédité est déférée ou ouverte (*delata*) lorsque quelqu'un est appelé à la recueillir, de manière qu'il est en son pouvoir de l'acquérir en l'acceptant : *delata hereditas intelligitur quam possit quis adeundo consequi*⁽¹⁾. En général et par la nature des choses, l'hérédité est ouverte au décès du *decurus*⁽²⁾; Justinien abrogea la disposition de la loi Julia et Papia Poppæa qui, pour augmenter les chances de caducité, avait

(55) L. 28, § 1, L. 32-33, L. 36, § 1, D. *de excus.* 27, 1; L. 1, § 3, D. *ubi pup. educ. deb.* 27, 2; L. 5, § 2, D. *h. t.*; L. 23 i. f., C. *de leg.* 6, 37. — T. I, § 46, III, et § 52, I, 1°.

(56) L. 2, § 1-2, D. *qui pet. tut.* 26, 6; L. 2, § 25-47, D. *ad sct. Tertull.* 58, 17; L. 10, C. *de legit. hered.* 6, 58. — T. I, § 48, 2°. — (57) Nov. 1, c. 1; T. II, § 542, I, 2°.

(58) L. 10, pr. et § 1, L. 40, D. *h. t.*

(59) L. 5, § 2, D. *de scto Silan.* 29, 5; L. 8, D. *h. t.*; L. 29, § 1, D. *de jure fisci* 49, 14.

(60) ULPSEN, XIX, 17.

(61) L. un., § 12, C. *de cad. toll.* 6, 51; Arg. L. 60, § 1, D. *de cond.* 35, 1.

(62) Nov. 115, c. 5, § 12.

(63) L. 5, § 4, L. 16, § 2, L. 18, § 1, D. *h. t.*; L. 9, D. *de scto Silan.* 29, 5; L. 30, § 2, D. *de leg.* 1°, 50; L. 60, § 1, D. *de cond.* 35, 1; L. 5, § 4, L. 14, D. *de jure fisci* 49, 14. — Voyez sur l'indignité MAYER, l. c. I, § 140-144. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 565, Anm. — WINUSCHID, *Lehrb.* III, § 669-674.

(1) L. 131, D. *de V. S.* 50, 16; L. 21, § 2, D. *de A. v. O. H.* 29, 2. — (2) L. 27, D. *eod.*

différé la délation jusqu'après l'ouverture du testament⁽⁵⁾; parfois cependant la délation se trouve reculée à une époque postérieure à la mort du *decurus*, soit parce qu'il s'agit d'un héritier institué sous condition, auquel cas il faut voir si la condition se réalise⁽⁶⁾, soit parce que la succession a été d'abord déferée à d'autres dont la défaillance préalable est nécessaire pour qu'il puisse être question d'une nouvelle délation⁽⁷⁾. La vocation à une hérédité a un caractère personnel, dans la succession testamentaire à cause du choix du testateur, dans la succession légitime comme inhérente à des qualités individuelles; il en résulte que si l'appelé décède avant d'avoir pris parti, ses héritiers ne peuvent à la rigueur arriver à la succession échue à leur auteur⁽⁸⁾. Tel était en effet l'ancien droit romain. Mais Justinien disposa que l'appelé transmettrait à ses héritiers la faculté d'accepter la succession toutes les fois qu'il décède dans le cours du délai obtenu pour délibérer, ou du moins endéans l'année à partir du jour où il a acquis connaissance de la délation, car alors il est considéré de plein droit comme mort en délibérant⁽⁹⁾; s'il décède sans se trouver dans ces délais, ses héritiers sont exclus de la succession à laquelle leur auteur est réputé avoir renoncé tacitement⁽⁸⁾; encore peuvent-ils se faire restituer en entier contre tout empêchement légitime où s'est trouvé leur auteur d'accepter la succession, malgré l'opinion dominante des auteurs modernes qui ne veulent pas accorder la restitution en entier dans une pareille généralité⁽⁹⁾.

(5) ULPIN, XVII, 1 i. f.; L. un., § 1 initio et § initio, C. de cad. toll. 6, 51.

(6) L. 69, L. 70, § 1, D. de A. v. O. H. 29, 2.

(7) L. 70, pr., D. eod.; L. 2, pr. et § 4, D. de B. P. sec. tab. 37, 11.

(8) L. 7, C. de jure delib. 6, 50; L. 81, D. de A. v. O. H. 29, 2; L. 9 i. f., D. de suis et legit. hered. 38, 16. — (7) L. 19, C. de jure delib. 6, 50. — Cf. T. II, § 540, II, 4°.

(8) L. un., § 3 i. f., C. de cad. toll. 6, 51.

(9) L. 1, C. de restitut. milit. 2, 51. — L. 3, § 50, D. de scito Silan. 29, 3; L. 12, D. de Carbon. ed. 57, 10. — L. 86, pr., L. 50, pr., D. de A. v. O. H. 29, 2; L. 1, § 1, D. ad scit. Tertull. 38, 17. — Voyez cependant 1° L. 4, § 3, L. 5, D. de B. P. contra tab. 37, 4; L. 84, D. de A. v. O. H. 29, 2, ainsi que L. 6, § 1, L. 42, § 3, D. de bon. libert. 38, 2; 2° L. 5, § 52, D. de scito Silan. 29, 5. — Voyez en notre sens MAREZOLL, *Zeitschrift für Zivilrecht und Process* II, p. 62-82. — WENIG-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 547, 1°, et note g. — BERCHARDI, *Lehrb.* III, § 568, I. — KÖRPPEN, l. c. p. 566 sq. — WINDSCHEIM, *Lehrb.* III, § 600, 5°. — Cf. MAYER, l. c. I, § 115, note 20.

Ces deux voies ouvertes aux héritiers de l'appelé pour arriver à une succession non acquise par leur auteur, portent de nos jours le nom de transmissions ; l'une est appelée transmission de Justinien, l'autre transmission *ex capite in integrum restitutionis*. Leur importance est telle qu'elles annihilent à peu près l'ancien principe de l'intransmissibilité de la succession, en même temps qu'elles absorbent en grande partie quelques autres transmissions secondaires⁽¹⁰⁾.

B) *Des diverses espèces de délations de l'hérédité*. L'hérédité est déférée par testament ou par la loi ; il y a donc une hérédité testamentaire et une hérédité légitime ou *ab intestat*⁽¹¹⁾. Mais dans le système du droit romain, la succession n'est pas susceptible d'être déférée sur le fondement d'une convention ; la portée de cette prohibition est double. En premier lieu, on ne peut se lier par une convention au sujet du sort de son patrimoine après sa mort ; toute institution contractuelle est nulle et sans effet, n'eût-elle pas été rétractée par celui qui y a souscrit, car elle est contraire à la liberté de tester et partant aux bonnes mœurs⁽¹²⁾. En second lieu, est nulle la convention que nous aurions conclue avec un tiers sur nos droits éventuels à une certaine succession⁽¹³⁾, et de plus nous sommes exclus de cette succession comme indignes⁽¹⁴⁾ ; en effet ce second pacte est encore

(10) 1^o *Transmissio Theodosiana* (de Théodose II et de Valentinien III), relative au cas où un descendant institué par son ascendant meurt avant l'ouverture du testament, en laissant lui-même des descendants pour héritiers (L. un., C. de his q. ante apert. tab. heredit. transm. 6, 52) — 2^o *Transmissio ex capite infantie* (des mêmes empereurs), relative au cas où l'héritier décède dans l'enfance, au profit de son père (L. 18, § 1 et 3 i. f. ebn. avec § 3 initio, C. de jure delib. 6, 50) — 5^o L. 54, C. de inoffic. testam. 3, 28. — Sur les transmissions voyez THIBAUT, *Versuche* II, n^o 7, Iéna, 1801. — STEPPES, *Die Transmission der Erbschaft nach römischen Rechte*, Munich, 1831. — HEIMBACH (senior), *Weiske's Rechtslexikon* XI, p. 511-552 (1837). — VANGEROW, *Civil Archiv* (sur la transmission de Justinien) XXIV, p. 135-195 (1841). — WIEDING, *Die Transmission Justinian's*, Leipzig, 1859.

(11) GAIUS, II, 99 ; § 6 i. f., I. per quas pers. nob. acq. 2, 9.

(12) L. 61, D. de V. O. 43, 1 ; L. 15, C. de pact. 2, 3 ; L. 5, C. de pact. conv. 5, 14.

(13) L. 1, D. de hered. v. act. vend. 18, 4 ; L. 29, § 2 initio, D. de donat. 59, 5 ; L. 50, C. de pact. 2, 3 ; L. 4, C. de inutil. stipul. 8, 59.

(14) L. 2, § 5, D. de his, quæ ut ind. aufer. 54, 9 ; L. 29, § 2 i. f., L. 50, D. de donat. 59, 5.

immoral, il forme de la part du successeur une spéculation sur la mort de l'auteur, et est de nature à mettre en péril les jours de ce dernier⁽¹³⁾; mais la règle cesse avec son motif si l'auteur adhère au pacte successoire et continue à y adhérer jusqu'à sa mort⁽¹⁶⁾. En ce qui concerne le rapport entre les deux modes de délation de l'hérédité :

1° La succession *ab intestat* est essentiellement subsidiaire à la succession testamentaire ; elle n'a jamais lieu qu'à défaut de testament, car elle se base sur une simple présomption d'affection du *deujus* pour ses parents, et cette présomption doit céder devant une manifestation expresse de volonté. Il s'ensuit que l'hérédité légitime ne saurait s'ouvrir tant qu'un héritier testamentaire demeure possible⁽¹⁷⁾.

2° Le testament exclut l'hérédité légitime pour le tout, en vertu de la règle : *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*⁽¹⁸⁾; en conséquence, un institué pour partie n'en recueille pas moins toute la succession, non-seulement si ses coinstitués font défaut, mais aussi quand il est seul institué; les héritiers légitimes n'ont pas droit à la quote-part de biens dont le testateur n'a pas disposé⁽¹⁹⁾. Cependant, si le testament portait que cette quote-part sera dévolue aux parents du sang, il y aurait dans cette disposition une institution tacite en leur faveur, d'autant plus que dans la législation de Justinien l'institution d'héritier est affranchie de toute forme; elle résulte de la seule volonté d'instituer exprimée dans le testament⁽²⁰⁾; dès lors le principe *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* ne présente pas de grands inconvénients pratiques⁽²¹⁾.

(13) L. 29, § 2 i. f., D. de donat. 39, 5; L. 50, C. de pact. 2, 5; L. 4 i. f., C. de inutil. stipul. 8, 59. — (16) L. 50 i. f., C. de pact. 2, 5.

(17) L. 59, D. de A. v. O. H. 29, 2; L. 8, C. comm. de success. 6, 59.

(18) Cic., de invent. II, 21; § 5 i. f., I. de hered. instit. 2, 14; L. 7, D. de R. J. 50, 17.

(19) § 5 in medio, I. de hered. instit. 2, 14; L. 1, § 4, D. eod. 28, 5; L. 41, § 8, D. de V. et P. S. 28, 6. — (20) L. 13, C. de testam. 6, 25. — T. II, § 528, I.

(21) Pour l'explication de la règle voyez Gans, l. c. p. 451-462; Cf. HUSCHKE, Rhein. Museum VI, p. 257-369, mais surtout p. 257-271 et 296-298 (1853).

II. ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ. L'hérédité est acquise à l'appelé lorsqu'elle est entrée dans son patrimoine. L'acquisition de la succession est à la délation, comme en matière de vente la tradition est au contrat : elle réalise la qualité d'héritier, en faisant acquérir à l'appelé la succession que depuis la délation il avait le droit de s'approprier, mais qui n'était pas encore sienne⁽²²⁾. L'acquisition de l'hérédité suit naturellement sa délation, elle résulte d'un acte d'acceptation de l'appelé⁽²³⁾. Toutefois, elle se confond avec la délation à l'égard des appelés soumis à la puissance de leur auteur, enfants ou esclaves ; ceux-là acquièrent la succession de plein droit à l'instant même de son ouverture, sans qu'une acceptation soit nécessaire⁽²⁴⁾.

CHAPITRE II. — DÉLATION DE L'HÉRÉDITÉ.

SECTION I. — DE LA SUCCESSION LÉGITIME.

I *de hereditatibus, quæ ab intestato deferuntur* 3, 1.

§ 320. *Notions préliminaires.*

I. La succession légitime repose essentiellement sur une distinction d'ordres ou de classes entre les successibles : le membre d'un ordre donné l'emporte toujours sur les membres des ordres subséquents, quel que soit leur degré de parenté. Ce n'est donc pas la proximité du degré, mais la priorité de l'ordre qui est décisive ; les parents les plus proches en degré peuvent très-bien être exclus par d'autres plus éloignés ou devoir concourir avec eux⁽¹⁾. Le degré ne présente de l'importance qu'entre les membres de la même classe, et encore, sous ce rapport, est-il loin de former une cause absolue de préférence, car dans le même ordre, des parents de degrés différents sont dans plusieurs cas appelés ensemble à la succession⁽²⁾.

(22) Cf. L. 131, D. de V. S. 50, 16. — (23) § 7, I. de hered. qualit. et differ. 2, 19.

(24) § 1-2, I. cod. ; L. 14, D. de suis et legit. hered. 58, 16. — T. II, § 540, I.

(1) § 11-12, I. de grad. cognat. 3, 6 ; L. 1, § 2, D. de grad. 38, 10.

(2) Nov. 118, c. 1 in medio, c. 2 in medio, et c. 3. — T. II, § 524, I.

II. Lorsque le parent appelé en premier lieu à une hérédité fait défaut, il peut y avoir lieu à une délation nouvelle de la succession, soit dans le même ordre en faveur des parents d'un degré plus éloigné, soit au profit des membres de la classe subséquente. Il peut se faire ainsi une série de délations successives, motivées chaque fois par la défaillance des appelés. C'est pourquoi l'on parle d'une succession de degrés et d'une succession d'ordres (*successio graduum et ordinum*)⁽⁵⁾.

III. Souvent plusieurs parents arrivent concurremment à la même succession. Alors la règle est que l'on partage l'hérédité par têtes, c'est-à-dire en autant de portions égales qu'il y a de successibles, chacun en obtenant une⁽⁴⁾. Mais le partage par têtes n'est pas le seul possible :

1° Parfois la loi appelle à une succession les descendants d'un successible prédécédé, en leur accordant ensemble la part virile que leur auteur aurait recueillie lui-même s'il avait survécu, sauf à subdiviser ensuite entre eux cette portion commune par têtes; c'est le partage par souches (*per stirpes*); il se combine avec un partage subsidiaire par branches, si les descendants du successible prédécédé ne le sont pas tous au premier degré⁽⁵⁾. A cette occasion les anciens interprètes du droit romain avaient imaginé une prétendue théorie de la représentation, en s'appuyant sur l'expression *succedere in locum prædefuncti parentis*, dont se sert Justinien dans la novelle 118, uniquement pour faire entendre que les descendants du successible prédécédé recueillent ensemble la portion virile qui fût échue à leur auteur s'il avait survécu⁽⁶⁾. Ce système de la représentation qui a passé dans le code civil français⁽⁷⁾, est repoussé par la presque unanimité des romanistes modernes⁽⁸⁾. Il offre ce phénomène singulier

(5) § 7, l. de legit. agnat. success. 3, 2. — (4) Nov. 118, c. 3, § 1 i. f.

(5) Nov. 118, c. 1 in medio.

(6) Nov. 118, c. 1 in medio; Voyez encore § 6 initio et 13 i. f., l. de heredit., quæ ab intest. defer. 3, 1; GAIUS, III, 7 in medio et 8 initio; ULPSEN, XXVI, 2 i. f.

(7) Art. 759.

(8) PECHTA, *Vorles.* II, § 437, p. 313-316. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 163, *Anm.* 11 i. f. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 414, *Anm.* 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 372, notes 4 et 11 initio. — Contra MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 619, 2°.

qu'on représente une personne morte, une personne n'ayant jamais eu un droit quelconque à la succession et partant n'ayant rien pu transmettre à ses descendants. Il conduit en outre à cette conséquence inadmissible que les descendants du successible défunt seraient exclus de l'hérédité par l'incapacité ou l'indignité de leur auteur, c'est-à-dire par une circonstance qui leur est entièrement étrangère ; la faute de l'indigne serait expiée par ses enfants innocents⁽⁹⁾ ! Une seconde conséquence du système que nous combattons, serait que les descendants du successible défunt ne devraient pas être admis à le représenter après avoir renoncé à sa succession, car ce n'est qu'à la condition d'être héritier de quelqu'un qu'on peut se porter comme son représentant⁽¹⁰⁾. Par une troisième application du même principe, l'héritier succédant par représentation devrait rapporter les dons faits à son parent prédécédé, et serait dispensé du rapport lorsqu'il succède de son propre chef⁽¹¹⁾. La théorie de la représentation a sa source dans l'idée fautive qu'un parent ne peut concourir à titre personnel avec un autre plus rapproché en degré ; mais pourquoi le législateur qui constate que des parents de degrés différents occupent la même place dans l'affection du *deujus*, ne pourrait-il pas les appeler tous à sa succession de leur propre chef et en se passant de la fiction de la représentation ? Ne le voyons-nous pas ailleurs appeler sans cette fiction, dans le même ordre, des parents de degrés inégaux, ou, dans un ordre antérieur, des parents du même degré ou d'un degré plus éloigné que d'autres placés dans un ordre subséquent ?

2° Un second partage exceptionnel tout à fait analogue au précédent est le partage par lignes (*per lineas*) : les parents de la ligne paternelle et ceux de la ligne maternelle y obtiennent respectivement une portion virile, à répartir ensuite par têtes entre les membres de chaque ligne⁽¹²⁾.

(9) Ainsi le veut le code français, art. 750.

(10) Le code français (art. 744) rejette cette conséquence.

(11) Art. 848, C. civ. fr. — Cf. T. II, § 343, II, A, 1°. — (12) Nov. 118, c. 2 in medio.

§ 521. *Système de la loi des Douze tables.*

I. ÉLÉMENTS DE CE SYSTÈME. La loi des Douze tables distinguait trois ordres de successibles *ab intestat*, les héritiers siens, les agnats et les gentils⁽¹⁾. Avec son laconisme connu, elle paraît avoir résumé toute sa théorie dans la disposition suivante : *si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*⁽²⁾.

A) *Ordre des héritiers siens*. Le premier ordre se composait des héritiers siens (*heredes sui* ou simplement *sui*) : on entend par là les enfants placés sous la puissance immédiate du *decurjus* au moment de sa mort⁽³⁾. Ainsi, les héritiers siens sont les enfants ou descendants, et la femme *in manu*, qui leur était juridiquement assimilée, comme fille vis-à-vis de son mari et comme petite-fille vis-à-vis de son beau-père⁽⁴⁾, mais avec cette restriction capitale que le descendant doit se trouver sous la puissance du *decurjus* au moment de sa mort, ce qui exclut plusieurs catégories d'enfants⁽⁵⁾; en outre le lien de puissance doit être immédiat, et par cette notion de la suite se trouvait déterminé à l'avance l'ordre dans lequel les enfants sous puissance arrivaient à la succession de leur chef⁽⁶⁾; en cas de concours entre plusieurs héritiers siens, on partageait par têtes si tous étaient du premier degré, par souches s'ils n'étaient pas tous du premier degré⁽⁷⁾.

B) *Ordre des agnats*. Comme il a été expliqué ailleurs⁽⁸⁾, les

(1) GAÏUS, III, 1, 9 et 17 initio; *Collatio* XVI, 2, § 1, 9 et 17 initio; § 1, I. h. t.; pr., I. de legit. agnat. success. 3, 2.

(2) ULPÏEN, XXVI, 1 et 1^a; *Collatio* XVI, 4; Cf. L. 9, § 2, D. de lib. et posth. hered. 28, 2; L. 195, § 1, D. de V. S. 30, 16.

(3) GAÏUS, III, 2; *Collatio* XVI, 2, § 2. — (4) GAÏUS, III, 3; *Collatio* XVI, 2, § 3.

(5) GAÏUS, III, 2 initio; *Collatio* XVI, 2, § 2 initio; XVI, 3, § 4, 8, 10 et 12; § 2 initio, I. h. t.

(6) GAÏUS, III, 2 i. f. et 7; *Collatio* XVI, 2, § 2 i. f. et 7; XVI, 3, § 9 initio; § 2 i. f., et § 6 initio, I. h. t. — Voyez encore GAÏUS, III, 4-6; *Collatio* XVI, 2, § 4-6; XVI, 3, § 7; § 2 in medio, 4, 5 et 7, I. h. t.

(7) GAÏUS, III, 8; *Collatio* XVI, 2, § 8; XVI, 3, § 9 i. f.; ULPÏEN, XXVI, 2; § 6 i. f., I. h. t. — (8) T. I, § 52, I, D, 1^a.

agnats sont les parents par des mâles⁽⁹⁾, et dont la qualité n'a pas péri par une diminution de tête⁽¹⁰⁾. Ils héritaient à l'infini, sans aucune limitation de degré⁽¹¹⁾; cependant, en vertu de la *Voconiana ratio*, les femmes agnates ne succédèrent plus qu'au second degré comme sœurs consanguines du défunt⁽¹²⁾. Dans l'ordre des agnats la succession se déférait et se partageait comme suit :

1° De plusieurs agnats le plus proche en degré l'emportait toujours sur le plus éloigné⁽¹³⁾.

2° Si plusieurs agnats étaient appelés conjointement à une succession, celle-ci se partageait d'une manière également absolue par têtes⁽¹⁴⁾.

C) *Ordre des gentils*. Nous ignorons comment était organisée la succession des gentils; elle disparut avec la *gens* elle-même dans les premiers temps de l'empire⁽¹⁵⁾.

II. OBSERVATIONS GÉNÉRALES. La loi des Douze tables admettait-elle une succession de degrés ou d'ordres? La question ne se présente pas dans l'ordre des héritiers siens, où les premiers appelés recueillent forcément l'hérédité⁽¹⁶⁾; mais si l'hérédité était déférée aux agnats, l'on suivait le principe que l'hérédité répudiée par l'agnat le plus proche était dévolue non pas à l'agnat subséquent, mais à la *gens*,

(9) GAIUS, I, 156; III, 9 et 50; *Collatio* XVI, 2, § 10; XVI, 3, § 15 i. f.; XVI, 7, § 1; XVI, 8, § 1 in medio; § 1, I. de *legit. agnat. tut.* 1, 13; § 1 initio, I. de *legit. agnat. success.* 3, 2; L. 7, D. de *legit. tutor.* 26, 4; L. 4, § 2 i. f., D. de *grad.* 58, 10.

(10) GAIUS, III, 21; ULPPIEN, XI, 4; XXVI, 1 i. f.; L. 10, § 2, D. de *grad.* 58, 10.

(11) § 3 initio, I. de *legit. agnat. success.* 3, 2; § 3 initio, I. de *success. cognat.* 3, 3; L. 9, pr. initio, D. unde *cogn.* 58, 8.

(12) GAIUS, III, 14 et 23; ULPPIEN, XXVI, 6 *cbn.* avec 1; PAUL, IV, 8, § 22; *Collatio* XVI, 2, § 14; XVI, 3, § 3, 13-17 et 20; XVI, 7, § 1, *cbn.* avec XVI, 6, § 1; § 5, I. de *legit. agnat. success.* 3, 2, *vis Ceterum. ad masculos confluerent, et vis Et hæc quidem incognita.*

(13) GAIUS, III, 11, 15, cf. 15; *Collatio* XVI, 2, § 11, 13, cf. 13; XVI, 3, § 17 in medio et 18; ULPPIEN, XXVI, 1 i. f.; § 3 initio, cf. § 6, I. de *legit. agnat. success.* 3, 2.

(14) GAIUS, III, 16; *Collatio* XVI, 2, § 16; XVI, 3, § 19; ULPPIEN, XXVI, 4; § 3 i. f., I. de *legit. agnat. success.* 3, 2.

(15) GAIUS, III, 17; *Collatio* XVI, 2, § 17; XVI, 3, § 3 in medio; XVI, 4, § 2; ULPPIEN, XXVI, 1^a. — (16) L. 1, § 8 initio, D. de *suïs et legit. hered.* 58, 16.

dont le droit de succession acquérait ainsi une haute importance; en d'autres termes, il y avait succession d'ordres et non de degrés (17).

§ 522. *Système du droit prétorien.*

Le système de succession de la loi des Douze tables, fondé d'une manière absolue sur la notion étroite de l'agnation, méconnaissait trop ouvertement les liens du sang pour pouvoir se maintenir longtemps sans modifications. Son application rigoureuse conduisait à cette conséquence qu'entre l'enfant et sa mère il n'existait aucun droit de succession, à moins que, comme il était à la vérité d'usage, la mère ne se trouvât soumise à la *manus* de son mari; car dans ce dernier cas, puisqu'elle était réputée fille vis-à-vis de son mari, ses enfants restés sous puissance étaient légalement ses frères et sœurs (1). De même, l'enfant émancipé était exclu de la succession de son père et de toute sa famille (2). La femme, bien qu'agnate, ne succédait qu'à ses frères et sœurs (3). Enfin, faute d'une succession de degrés, un agnat rapproché voyait souvent passer l'hérédité à la *gens* (4). Le préteur mitiga tant de sévérité en organisant la *bonorum possessio ab intestat*.

I. DES DIVERS ORDRES PRÉTORIENS. Le préteur établit quatre ordres de successibles : les descendants (*liberi*), les héritiers civils (*legitimi*), les cognats (*cognati*) et le conjoint survivant (*vir et uxor*) (5). Chaque ordre faisait l'objet d'un chapitre spécial de l'édit; de là les expres-

(17) GAIUS, III, 12 et 22; ULPIN, XXVI, § 1. f.; PAUL, IV, 8, § 25; § 7 initio, I. de *legit. agnat. success.* 5, 2. — C'est certainement à tort qu'à l'encontre de l'opinion commune, quelques interprètes ont voulu exclure aussi la dévolution subséquente de l'hérédité à la *gens*, ou la succession d'ordres. (En notre sens : SCHWEPPE, *Röm. Rechtsgesch.* § 461, 2^e, e. — PUCHTA, *Institut.* III, § 504, p. 222. — NAMUR, *Institutes* II, § 514, 2^e. — CONTRA BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 556 i. f. et 570 initio).

(1) GAIUS, III, 24, cf. 55; ULPIN, XXVI, 7 initio et 8 initio; pr. initio, I. de *sclo Tertull.* 5, 5. — (2) GAIUS, III, 19, cf. 20; § 9 initio, I. h. t. — GAIUS, III, 25.

(4) GAIUS, III, 22.

(5) L. 1, § 1, D. *si tab. testam. nullæ extab.*, unde *liberi* 58, 6; L. 1, pr., D. *quis ordo in poss. serv.* 58, 13; Cf. *Collatio* XVI, 7, § 2 initio; XVI, 8, § 1; ULPIN, XXVIII, 7 initio; § 5, I. de *B. P.* 5, 9, v^{is} *Et primo loco*.

sions si usuelles dans nos sources de *bonorum possessio unde liberi* (sous-entendez *vocantur*), *unde legitimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*; les modernes parlent des classes *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*.

A) *Ordre des descendants (liberi)* (D. *si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi* 38, 6; C. *unde liberi* 6, 14). 1° Le premier ordre prétorien est celui des *liberi*; il est plus large que l'ordre civil des *sui* auquel il correspond, mais il est encore loin d'embrasser tous les descendants. On peut définir les *liberi* les héritiers siens et les descendants qui leur sont assimilés, parce que sans une diminution de tête ils auraient eu la même qualité, si ces descendants réputés *sui* sont des enfants naturels du *decurus* et ne se trouvent pas à sa mort dans une famille étrangère. Les *liberi* comprennent donc à côté des *sui* proprement dits des *sui* fictifs, à l'égard desquels le préteur fait abstraction d'une diminution de tête qui leur a enlevé la qualité de *sui*; il les considère comme *sui rescissa capitis diminutione*⁽⁶⁾. Il est donc de l'essence de la notion des *liberi* que si on n'a pas réellement la qualité de *sui* vis-à-vis du *decurus*, du moins on l'aurait eue sans une diminution de tête⁽⁷⁾. Ensuite le préteur n'admet sa fiction de suite qu'au profit d'enfants naturels du défunt⁽⁸⁾, et de plus sous la condition qu'ils ne se trouvent pas, à l'époque de la mort de leur père naturel, dans une famille étrangère où ils ont déjà l'espoir de succéder⁽⁹⁾.

2° De ce que l'ordre des *liberi* ne forme qu'une simple extension de l'ordre civil des *sui*, il résulte que les règles sur la dévolution et le partage de la succession sont aussi les mêmes⁽¹⁰⁾, à une seule modification près : si un père de famille qui a sous sa puissance un

(6) GAIUS, III, 26; § 9 in medio, I. h. t.; pr. initio, I. de success. cognat. 3, 5; L. 3, § 1, v^{is} *Quin etiam*....., L. 6 initio, D. h. t.

(7) Pr. i. f., I. de secto Tertull. 3, 3; L. 3, § 1, D. h. t., v^{is} *Sed et si*..... *nulli obstat*, et v^{is} *et si post*.....

(8) GAIUS, II, 136; § 10, v^{is} *et convenienter*..... *extraneorum loco fiunt*, et § 11, I. h. t.; L. 1, § 6, L. 4, D. h. t.

(9) GAIUS, II, 137; ULPIN, XXVIII, 8 i. f.; § 10, I. h. t., v^{is} *At hi, qui*..... *in adoptiva familia fuissent*, et v^{is} *et quantum ad naturalis parentis bona*.....; L. 9 i. f., D. h. t. — (10) Arg. GAIUS, III, 26.

fil et des petits-enfants nés de ce fils, émancipe le fils en gardant les petits-enfants dans sa famille, à la rigueur le fils émancipé a droit comme *liber* à une portion virile de la succession paternelle, et ses enfants à une seconde portion comme *sui*; mais à cause de l'injustice évidente de ce résultat pour les autres descendants forcés d'abandonner deux parts à une seule et même souche, on admit que l'émancipé et ses enfants n'obtiendraient respectivement qu'une demi-portion virile; cette disposition fut introduite dans l'édit par Salvius Julianus, et prit de lui le nom de *nova clausula Juliani*⁽¹¹⁾.

B) *Ordre des héritiers civils* (D. *unde legitimi* 58, 7; C. *unde legitimi et unde cognati* 6, 15). Le second ordre prétorien comprend, d'après sa dénomination même, les héritiers proprement dits, ceux auxquels le droit civil reconnaissait la qualité d'héritiers, par conséquent les héritiers siens, les agnats et les gentils (jusqu'à la disparition de la gentilité); il faut y ajouter les cognats qui sous l'empire furent appelés à l'hérédité civile, comme il sera expliqué au paragraphe suivant⁽¹²⁾. Le préteur se conformait ici en tous points au droit civil; il se bornait à offrir la *bonorum possessio* à ceux qui étaient déjà appelés à l'hérédité par la loi civile. En conséquence, il excluait du présent ordre les femmes agnates au delà du second degré⁽¹³⁾; il n'y admettait pas davantage l'agnat plus éloigné, alors que l'agnat le plus proche ne profitait pas du bénéfice de la *bonorum possessio*, malgré l'avis contraire de quelques juriconsultes romains⁽¹⁴⁾; enfin la succession se déférait et se partageait d'après la théorie civile⁽¹⁵⁾.

C) *Ordre des cognats* (I. *de successione cognatorum* 3, 5; D. *unde cognati* 58, 8; C. *unde legitimi et unde cognati* 6, 15). Ce troisième ordre forme le véritable siège de la réforme prétorienne: il se compose de tous les parents, en cette seule qualité et sans aucune distinction⁽¹⁶⁾; mais le préteur limite la vocation au sixième degré de

(11) L. 1, pr., § 1, 7, 11 et 17, D. *de conjung. cum emancip. lib. ejus* 37, 8.

(12) § 7, I. *de B. P.* 3, 9; pr., I. *de success. cognat.* 3, 5; L. 2, § 4, L. 3, D. *h. t.*

(13) GAIUS, III, 29; PAUL, IV, 8, § 22^a; § 5, I. *de legit. agnat. success.* 3, 2, ^{v^o} *Sed quia sane..... cognatus interveniat, et vis donec prætores..... Unde cognati appellatur.*

(14) GAIUS, III, 28. — (15) Arg. L. 1 initio, D. *h. t.*

(16) GAIUS, III, 30, 31, 27-29; ULPIN, XXVIII, 9; § 13, I. *de heredit., quæ ab intest.*

parenté, il considère une parenté plus éloignée comme n'étant guère que nominale⁽¹⁷⁾. Au reste la succession se déférait et se partageait dans cet ordre comme dans celui des agnats d'après la loi des Douze tables⁽¹⁸⁾.

D) *Ordre du conjoint survivant* (D. 58, 11, et C. 6, 18, *unde vir et uxor*). Le conjoint survivant constituait à lui seul ce dernier ordre⁽¹⁹⁾ : il était appelé à la succession à condition d'avoir été uni par un mariage civil⁽²⁰⁾ avec le *deujus* à l'époque de sa mort⁽²¹⁾.

II. OBSERVATIONS GÉNÉRALES. A la différence du droit civil, le préteur reconnaît pleinement la succession de degrés et d'ordres, à l'organisation de laquelle il consacra dans son édit un chapitre spécial appelé *edictum successorium* (D. 58, 9, et C. 6, 16, *de successorio edicto*)⁽²²⁾. Or, comme dans le système prétorien la même personne figurait fréquemment dans plusieurs ordres, la succession pouvait aussi lui être déférée plusieurs fois ; dans ce cas après avoir négligé une première vocation, elle avait encore la faculté de profiter de la vocation subséquente⁽²³⁾.

defer. 5, 1 ; § 5, 1, *de legit. agnat. success.* 5, 2, ^{vis} *Sed quia sane cognatis interveniunt*, et ^{vis} *donec prætores Unde cognati appellatur* ; pr., § 1-4, l. *h. t.* ; L. 1, pr., L. 2, l. 4, L. 5, L. 8, D. *h. t.*

(17) § 5, l. *h. t.* ; L. 1, § 5 initio, D. *h. t.* — Cependant le préteur admettait encore, bien qu'il fût du septième degré, l'enfant d'un cousin issu de germain (*sobrīnus a sobrinō natus*) (L. 1, § 5 i. f., cf. L. 9, pr., D. *h. t.*). Cette limitation du degré fut empruntée par le préteur à la loi Furia qui défendait de faire des legs supérieurs à mille as, si ce n'est au profit des parents prémentionnés (Arg. ULP. XXVIII, 7 in medio) (*Infra* § 565, I, 1^o).

(18) Pr. i. f., l. *h. t.* ; L. 1, § 5 et 10, cf. § 6-8, D. *h. t.* ; L. 1, C. *h. t.* ; L. 6, C. *ecclm. de success.* 6, 50.

(19) ULP. XXVIII, 7 in medio ; § 5 i. f., l. *de B. P.* 5, 9 ; L. un., C. *h. t.*

(20) L. un., pr., D. *h. t.* — (21) L. un., § 1, D. *h. t.*

(22) L. un., pr., § 8 et 10, D. *h. t.* ; L. 1, C. *h. t.*

(23) L. 2, pr., L. 3 i. f., D. *h. t.* ; L. 4, § 3, D. *ad scdm Tertull. et Orphit.* 58, 17 ; L. 4, § 9, D. *unde cogn.* 58, 8. — Mais voyez VANGEROW, *Lehrb.* II, § 407, *Ann.*, et WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 575, note 4 in medio.

§ 325. Développement du système civil sous l'empire.

Le préteur n'avait modifié le système de la loi des Douze tables que d'une façon indirecte : le principe que l'agnat était l'unique héritier proprement dit continuait à subsister dans toute sa force ; aucun cognat n'avait jusqu'ici été appelé à l'hérédité civile. Il y a plus : les cognats n'arrivaient à la *bonorum possessio* elle-même qu'après tous les agnats, à l'exception de quelques descendants réputés *sui*. Mais à partir d'Adrien l'antique principe de l'agnation commença à être battu directement en brèche ; alors pour la première fois on appela à l'hérédité civile de simples cognats ; depuis, des sénatus-consultes et des constitutions impériales continuèrent cette œuvre, qu'il était réservé à la novelle 118 de compléter. Voici un aperçu des innovations antérieures à la novelle précitée.

I. SUCCESSION DES DESCENDANTS. (I. de *senatusconsulto Orphitiano* 5, 4 ; D. *ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum* 58, 17 ; C. *ad senatusconsultum Orphitianum* 6, 57.) D'après la loi des Douze tables, l'enfant ne succédait à sa mère que pour autant que cette dernière était décédée *in manu mariti*, auquel cas l'enfant et sa mère étaient censés frère et sœur ; dans le système de la *bonorum possessio*, l'enfant n'était appelé que dans l'ordre des cognats⁽¹⁾. Le sénatus-consulte Orphitien, porté sous Marc-Aurèle et Commode, changea radicalement cette théorie, en déférant les biens de la mère avant tout autre parent à ses enfants⁽²⁾ même illégitimes⁽³⁾. Comme il n'en avait disposé ainsi qu'au profit des descendants du premier degré, une constitution de Valentinien II, Théodose I^{er} et Arcadius l'étendit aux descendants d'un degré subséquent, mais avec une perte d'un tiers de la portion ordinaire s'ils concouraient avec des enfants du premier degré, et d'un quart de cette portion dans le cas où ils se

(1) ULPEN, XXVI, 7 initio ; pr., I. de *scto Tertull.* 5, 5.

(2) ULPEN, XXVI, 7 i. f. ; pr. et § 2, cf. § 4, I. h. t. ; L. 1, pr. et § 8, L. 4, L. 9, D. h. t. ; L. 1, L. 5, C. h. t.

(3) PAUL, IV, 10, § 1 ; § 3, I. h. t. ; L. 1, § 2, D. h. t. ; Voyez cependant PAUL, IV, 10, § 3 ; L. 1, § 8 i. f., et § 4, D. h. t.

trouvaient en présence d'agnats⁽⁴⁾; cette réduction de part fut supprimée par Justinien, d'abord vis-à-vis des agnats⁽⁵⁾ et plus tard vis-à-vis des enfants du premier degré⁽⁶⁾.

II. SUCCESSION DES ASCENDANTS. Nous n'avons pas à nous occuper à cet endroit du père de famille, dont les intérêts étaient surabondamment garantis par le *jus peculii*⁽⁷⁾ et par le droit du quasi-patronat en cas d'émancipation⁽⁸⁾. Nous pouvons même laisser de côté tous les ascendants autres que la mère, car ce n'est que par rapport à cette dernière que des innovations eurent lieu; jusque-là la mère ne jouissait à l'égard de ses enfants que des droits restreints des enfants eux-mêmes sur la succession de leur mère (I. de *senatusconsulto Tertulliano* 5, 3; D. ad *senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum* 38, 17; C. ad *senatusconsultum Tertullianum* 6, 36)⁽⁹⁾.

1° Sous Adrien le sénatus-consulte Tertullien accorda à la mère l'hérédité civile de ses enfants⁽¹⁰⁾, mais pas en première ligne; plusieurs parents du défunt passaient avant la mère, d'autres concouraient avec elle. Excluaient la mère, d'après le sénatus-consulte même, les enfants du défunt lorsque ce dernier était un fils et que ses enfants avaient vis-à-vis de lui la qualité de *liberæ*⁽¹¹⁾, d'après des constitutions impériales postérieures, un descendant quelconque du *decurjus*⁽¹²⁾; excluait encore la mère, le père⁽¹³⁾ et les frères consanguins du défunt⁽¹⁴⁾. Concouraient avec la mère, les sœurs consanguines pour la moitié⁽¹⁵⁾, et en vertu d'une constitution postérieure, l'oncle paternel

(4) § 1, I. h. t.; § 13 et 16 initio, I. de *heredit., quæ ab intest. defer.* 3, 1; L. 4, C. Théod. de *legit. hered.* 5, 1; Cf. L. 9, C. J. de *suis et legit. lib.* 6, 33.

(5) § 16, I. de *heredit., quæ ab intest. defer.* 3, 1; L. 12, C. de *suis et legit. lib.* 6, 33; Cf. L. 11 i. f., C. *cod.* — (6) Nov. 18, c. 4. — (7) T. II, § 311, I, C. i. f.

(8) T. II, § 302, III i. f. — (9) ULPPIEN, XXVI, 8 initio; pr., I. h. t.

(10) ULPPIEN, XXVI, 8 in medio; § 2 initio, cf. § 1, I. h. t.; L. 2, pr., L. 6, pr., D. h. t.

(11) ULPPIEN, XXVI, 8 in medio; § 3 initio, I. h. t.; L. 2, § 6, L. 5, pr. et § 1, D. h. t.

(12) L. 2, § 9, D. h. t.; § 3 initio, I. h. t.; L. 11, C. de *suis et legit. lib.* 6, 33; L. 1, L. 4, C. ad *actum Orphit.* 6, 37.

(13) ULPPIEN, XXVI, 8 i. f.; § 3 in medio, I. h. t.; L. 2, § 13-19, L. 3, D. h. t.; L. 10, D. de *suis et legit. hered.* 38, 16; L. 2, C. h. t.

(14) ULPPIEN, XXVI, 8 i. f.; § 3 in medio, I. h. t.; L. 7, D. h. t.

(15) ULPPIEN, XXVI, 8 i. f.; § 3 i. f., I. h. t.; L. 7, D. h. t.

et ses descendants jusqu'au second degré pour un tiers⁽¹⁶⁾. Ce droit de succession conféré à la mère lui appartenait aussi à l'égard de ses enfants illégitimes⁽¹⁷⁾. Mais il était subordonné à la procréation de trois ou quatre enfants selon que la mère était ingénue ou affranchie (*jus trium vel quatuor liberorum*)⁽¹⁸⁾.

2° Encore avant la promulgation de sa nouvelle 118, Justinien élargit le droit de succession de la mère : il l'appela à l'hérédité de ses enfants immédiatement après les descendants et le père⁽¹⁹⁾; avec les frères et sœurs consanguins elle concourait pour une portion virile⁽²⁰⁾; dans le cas où la mère concourait avec des frères ou sœurs consanguins et le père du défunt, il y avait lieu à un partage tout particulier dont il sera parlé plus loin⁽²¹⁾. D'un autre côté, Justinien dispensa la mère du *jus trium vel quatuor liberorum*⁽²²⁾, en dehors duquel Constantin l'avait déjà admise à recueillir un tiers de la succession⁽²³⁾ et Valentinien III deux tiers⁽²⁴⁾.

III. SUCCESSION DES COLLATÉRAUX. Les modifications de l'ancienne théorie sont les suivantes :

1° Quant aux frères et sœurs, d'après la loi des Douze tables les consanguins (donc aussi les germains) n'héritaient qu'à la condition de ne pas avoir subi de diminution de tête; les utérins étaient sans droit comme simples cognats; le préteur appelait les uns et les autres parmi les cognats. L'empereur Anastase commença par accorder aux consanguins diminués de tête une demi-part de frère ou sœur sous puissance⁽²⁵⁾. Justinien assimila entièrement entre eux les deux sortes de consanguins⁽²⁶⁾ et les utérins⁽²⁷⁾; mais en même

(16) L. 1, C. Théod. de legit. hered. 3, 1; Cf. § 3 initio, I. h. t.

(17) § 7, I. h. t.; L. 2, § 1, D. h. t.

(18) ULPEN, XXVI, 8 initio; PAUL, IV, 10, § 1, 2 et 9; § 2 in medio, I. h. t.

(19) § 3 initio, I. h. t.; L. 7, pr. initio et i. f., C. h. t.

(20) § 3 i. f., I. h. t.; L. 7, pr. in medio, C. h. t., modifiée par Nov. 22, c. 47, § 2.

(21) L. 7, § 1, C. h. t., et infra V, A (1^{er} ordre), B et C, 1^o.

(22) § 4, I. h. t.; L. 2, C. de jure liber. 8, 59.

(23) L. 1, C. Théod. de legit. hered. 3, 1. — (24) L. 7, cod.

(25) § 1, I. de success. cogn. 3, 3, v^{is} *exceptis solis*.....; THÉOPHILE, cod.; L. 4, C. de legit. tutor. 3, 30; Cf. L. 11, C. de legit. hered. 6, 58. — (26) L. 13, § 1, C. cod.

(27) L. 13, § 2, C. cod.

temps, avantageant les frères et sœurs germains sur les frères et sœurs unilatéraux (consanguins ou utérins), il leur accorda par préciput les biens provenant de leur parent propre (28), et bientôt après il les préféra complètement aux unilatéraux (29).

2° Si nous passons aux neveux et nièces, dans le système de l'ancien droit civil ceux issus de frères consanguins (ou germains) étaient héritiers, s'il n'y avait pas eu de diminution de tête; les neveux et nièces nés de sœurs consanguines ou de frères et sœurs utérins n'étaient jamais héritiers civils vu leur qualité de cognats; tous figuraient dans l'ordre prétorien des cognats. Justinien assimila encore entre eux les divers neveux et nièces (30).

IV. RÉFORMES GÉNÉRALES. Avant la novelle 118 Justinien prit deux autres mesures d'un caractère général :

1° Il rendit aux femmes agnates les droits héréditaires que la *Voconiana ratio* leur avait enlevés, et statua que dorénavant la femme agnate serait mise sur la même ligne que l'homme (31).

2° Il admit pleinement dans le droit civil la succession de degrés et d'ordres (32).

V. TABLEAU DE LA SUCCESSION AB INTESTAT IMMÉDIATEMENT AVANT LA NOVELLE 118 (33).

A) *Défunt sui juris et non émancipé.*

Premier ordre. Il comprend tous les descendants, si ce n'est, quand le défunt était un homme, ceux qui n'étaient ni *liberi*, ni petits-enfants par une fille (34). La succession se déférait et se partageait comme dans l'ordre civil des *sui*.

(28) L. 15, C. *ead.*, *vis exceptis maternis rebus*. *oportet*. — (29) Nov. 84.

(30) § 4, I. *de legit. agnat. success.* 3, 2; L. 14, § 1, L. 15, § 5, C. *de legit. hered.* 6, 58.

(31) § 5, I. *de legit. agnat. success.* 3, 2; L. 14, *pr.*, C. *de legit. hered.* 6, 58.

(32) § 7, I. *de legit. agnat. success.* 3, 2; L. 4, § 20, C. *de bon. libert.* 6, 4; L. 13, § 5 *in medio*, C. *de legit. hered.* 6, 58. — Voyez sur cet objet VANGEROW, *Lehrb.* II, § 407, *Anm.* i. f., § 410, *Anm.* i. f., et § 420, *Anm.* — Cf. WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 375 avec les notes 4 et 5.

(33) Cf. SCHWEPPE, *Röm. Rechtsgesch.* § 478-481. — BRICHARDI, *Lehrb.* III, § 341 *ebn.* avec § 339-340. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 410, *ebn.* avec § 408-409.

(34) C'est le principe de la *bonorum possessio unde liberi*, modifié par les constitutions impériales.

Second ordre. Il comprend les père⁽⁵³⁾ et mère avec les frères et sœurs germains. S'il n'y a que le père et la mère, celle-ci est exclue; concourant avec des frères et sœurs germains, le père, s'il est seul, obtient l'usufruit de la succession, la mère, si elle est seule, les deux tiers de cet usufruit, et les père et mère venant ensemble la même chose⁽⁵⁶⁾.

Troisième ordre. Frères et sœurs unilatéraux.

Quatrième ordre. Neveux et nièces, avec les agnats du troisième degré.

Cinquième ordre. Agnats subséquents.

Sixième ordre. Cognats subséquents jusqu'au sixième degré.

B) *Défunt sui juris émancipé*. Même système que dans la première hypothèse, sauf que les frères et sœurs unilatéraux passent dans le second ordre⁽⁵⁷⁾.

C) *Défunt enfant sous puissance*. Même système que dans la première hypothèse, mais avec des modifications dans les trois premiers ordres, dont les membres sont classés comme suit :

1° Pour les biens adventices, le père en concourt avec d'autres parents des trois premiers ordres, garde l'usufruit dont il jouissait jusque-là à raison de la puissance paternelle; la nue propriété appartient en premier lieu aux descendants, puis à la mère et aux frères et sœurs germains, enfin aux frères et sœurs unilatéraux⁽⁵⁸⁾.

2° Pour les biens castrains et quasi-castrains, ils sont dévolus aux descendants, à leur défaut aux frères et sœurs, et en troisième lieu au père en vertu du *jus peculii*, à l'exclusion de la mère⁽⁵⁹⁾.

(53) On néglige d'habitude le père dans notre première hypothèse, mais il faut bien s'en occuper si l'enfant décédé est devenu *sui juris* sans une émancipation, à titre de récompense pour lui-même ou de peine pour le père (T. II, § 513, II).

(56) L. 7, § 1 initio, C. *ad setum Tertull.* 6, 36.

(57) L. 7, § 1 initio, C. *cit.*, ebn. avec L. 13, C. *de legit. hered.* 6, 38.

(58) L. 6, § 1, C. *de bon., quæ lib.* 6, 61, ebn. avec L. 4, C. *cod.*, et L. 11, C. *comm. de success.* 6, 39; L. 7, § 1 i. f., C. *ad setum Tertull.* 6, 36.

(59) Pr., I. *quib. non est permiss. fac. testam.* 2, 12, *vis si vero intestati*..... *pertinebit*; L. 2, L. 14, pr., D. *de castr. pec.* 49, 17; L. 3, C. *cod.* 12, 37; Cf. L. 34, C. *de episc. et cler.* 1, 3. — T. II, § 511, I, C i. f.

§ 324. *Système des nouvelles 118 et 127.*

Les dispositions législatives dont nous venons de faire connaître l'objet, avaient eu pour résultat d'assimiler en grande partie aux agnats les cognats les plus proches en degré, notamment les descendants, les père et mère, les frères et sœurs, ainsi que les neveux et nièces ; mais en dehors de ces parents, le principe de l'agnation avait conservé sa pleine vigueur. Justinien lui porta le dernier coup par sa célèbre nouvelle 118, qui avec son supplément la nouvelle 127 organise un système tout nouveau. L'empereur y proclame le principe absolu que la succession *ab intestat* doit être déférée aux parents en cette seule qualité et sans aucune préférence ; il assimile complètement les cognats aux agnats⁽¹⁾. Il établit ensuite quatre ordres de successibles, comprenant respectivement :

1° Les descendants.

2° Les ascendants avec les frères, sœurs, neveux et nièces germains.

3° Les frères, sœurs, neveux et nièces unilatéraux (consanguins ou utérins).

4° Les collatéraux autres que les frères, sœurs, neveux et nièces⁽²⁾.

I. DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSIBLES EN PARTICULIER.

A) *Premier ordre.* Il comprend les descendants du défunt, sans aucune exclusion. Il ne faut donc pas avoir égard à la puissance paternelle : avec les enfants sous puissance sont appelés les enfants émancipés⁽³⁾ ou donnés en adoption, fût-ce à un ascendant (*adoptio plena*)⁽⁴⁾ ; l'on doit en décider ainsi pour ces derniers malgré une constitution contraire portée par Justinien lui-même quelque temps avant la nouvelle 118⁽⁵⁾ ; ainsi le veut le principe nouveau de cette nouvelle ; c'est d'ailleurs l'opinion de la très-grande majorité des inter-

(1) Nov. 118, c. 4, c. 1 i. f. et 2 i. f.

(2) *Non obstat* Nov. 118, præf. i. f. — (3) Nov. 118, c. 1 initio. — (4) T. II, § 508, II.

(5) L. 10, pr., C. de *adopt.* 8, 48, vi^a *Si vero pater naturalis. hæc omnia rescante.*

prêtes modernes⁽⁶⁾. D'autre part, il est évident que l'adoption confère un droit de succession à l'adopté vis-à-vis de l'adoptant⁽⁷⁾, et même s'il s'agit d'une adoption pleine, vis-à-vis des ascendants agnats de l'adoptant comme de toute sa famille civile⁽⁸⁾, mais seulement aussi longtemps que subsiste le lien de l'adoption⁽⁹⁾. Dans l'ordre des descendants la succession se défère et se partage d'après les règles suivantes :

1° S'il y a plusieurs descendants, sont admis *in concreto* à la succession tous ceux qui ne sont pas exclus par un descendant intermédiaire entre eux et le défunt⁽¹⁰⁾.

2° Y a-t-il d'après la règle précédente plusieurs descendants en concours, la succession se partage par têtes si tous appartiennent au premier degré, et dans le cas contraire par souches⁽¹¹⁾.

B) *Second ordre*. Il se compose des ascendants, des frères, sœurs, neveux et nièces germains⁽¹²⁾, mais non des descendants ultérieurs de frères et sœurs germains⁽¹³⁾. A la vérité, la novelle 118 n'admettait les neveux et nièces germains dans le second ordre que si le concours s'établissait entre eux et des frères ou sœurs germains⁽¹⁴⁾; elle les excluait si à côté d'eux il y avait, soit des ascendants et des frères ou sœurs germains, soit des ascendants seulement⁽¹⁵⁾. Mais Justinien revint sur cette exclusion dans la novelle 127, pour le cas où les neveux ou nièces germains concouraient avec des ascendants et des frères ou sœurs germains⁽¹⁶⁾; il ne déroge pas expressément à la novelle 118 si à côté des neveux ou nièces germains, il ne se ren-

(6) Contra MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 635, 2°, et note 4. — PUCHTA, *Pand.* § 434 et note c; *Vorles.* II, § 434 i. f. — En notre faveur voyez surtout VANGEROW, *Lehrb.* II, § 412, *Ann.*, n° III, et dans le même sens NAMUN, *Institutes* II, § 318, 3° i. f.

(7) § 2 initio, I. h. t., 3, 1.

(8) L. 25, L. 26, D. de adopt. 1, 7; L. 4, § 10 i. f., D. de grad. 58, 10.

(9) § 10 in medio et § 11, I. h. t., 3, 1. — T. II, § 307, II, 1°, cbn. avec § 308, I, 2°, et II.

(10) Arg. Nov. 118, c. 1 in medio. — (11) Nov. 118, c. 1 in medio.

(12) Nov. 118, c. 2 initio, et c. 3, pr. initio.

(13) Nov. 118, c. 3, pr., v^{ls} *Hoc autem privilegium..... concedimus.*

(14) Nov. 118, c. 3, pr. initio.

(15) Nov. 118, c. 2 initio et 3, pr., v^{ls} *Sed et ipsis..... conjunctus fuerit.*

(16) Nov. 127, præf., et c. 1.

contre que des ascendants ; mais c'est certainement par inadvertance, et l'esprit de la nouvelle 127 n'étant pas douteux, il y a lieu de poser la règle générale que les neveux et nièces germains arrivent toujours à la succession à défaut de descendants. L'opinion dominante parmi les modernes est conforme à cette interprétation⁽¹⁷⁾. Passons maintenant à la dévolution et au partage de l'hérédité dans le second ordre :

1^o S'il existe plusieurs parents appartenant à cet ordre, la succession se défère *in concreto* aux ascendants les plus rapprochés, lesquels excluent les plus éloignés dans leur ligne *et dans la ligne opposée*⁽¹⁸⁾, aux frères et sœurs germains d'une manière absolue, et aux neveux et nièces germains en cas de prédécès de leur père ou mère⁽¹⁹⁾.

2^o Lorsque, par application de la règle énoncée, plusieurs membres du deuxième ordre arrivent conjointement à l'hérédité, il faut, pour déterminer le mode de partage, considérer deux hypothèses :

a) Il n'y a que des ascendants. Alors s'ils appartiennent à des lignes différentes, le partage a lieu par lignes ; si tous font partie de la même ligne, on partage par têtes⁽²⁰⁾.

b) Dans les autres cas de concours entre des successibles du second ordre, on partage par têtes pour les ascendants sans aucun égard aux lignes, et pour les frères et sœurs germains⁽²¹⁾, par souches pour les neveux et nièces germains⁽²²⁾ ; l'on doit admettre le partage

(17) POHR : ROSSHIRT, l. c. p. 549 sq. — MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 625, 3^o, et note c. — HUNGER, l. c. p. 417 sq. — GOESCHEN, *Vorles.* III (2), § 923, 4^o. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 634. — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 342, II, 3^o, et note 3. — PUCHTA, *Pand.* § 437, et *Vorles.* II, § 437 i. f. — DE FRESQUET, *Traité élément. de D. R.* II, p. 40 i. f. — MÜLLER, *Lehrb.* § 200, II i. f. — KELLER, *Pand.* § 469 et note 7. — SISTENIS, *Civilrecht* III, § 163, et *Ann.* 11 initio. — DEMANGEAT, *Cours élément. de D. R.* II, p. 114. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 372, 2^o, et note 11 i. f. — Contra MEER, in *Schweppe's R. P. R.* V, § 830, a. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 454 initio. — THIBAUT, *System* II, § 860 i. f. — SCHRAMER, l. c. I, p. 231 sq. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 416, *Ann.* 1, p. 54. — ARNDTS, *Lehrb.* § 477, *Ann.* 3. — Cf. SKUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 338, 6^o, et note 11 et NAMUR, *Institutes* II, § 319, 3^o. — (18) Nov. 118, c. 2 initio.

(19) Nov. 118, c. 3, pr. initio.

(20) Nov. 118, c. 2, ^{vis} Si eundem gradum..... contigerit.

(21) Nov. 118, c. 2, ^{vis} Si cum ascendentibus..... aequaltem partem habeat.

(22) Nov. 118, c. 3, pr., ^{vis} Quodsi defunctus..... si vixisset.

par souches alors même que le concours ne s'établit qu'entre neveux et nièces germains de différentes souches, sinon en vertu des termes, au moins à cause de l'esprit incontestable de la loi; après des discussions séculaires remontant jusqu'aux glossateurs, on a fini par s'accorder sur ce point⁽²⁵⁾.

C) *Troisième ordre.* Appartiennent au troisième ordre les frères, sœurs, neveux et nièces unilatéraux (consanguins ou utérins)⁽²⁴⁾, mais non les descendants ultérieurs de frères ou sœurs unilatéraux⁽²⁵⁾. Pour la délation et le partage de la succession, on suit les règles exposées par rapport aux frères, sœurs, neveux et nièces germains⁽²⁶⁾.

D) *Quatrième ordre.* Il comprend tous les collatéraux autres que les frères, sœurs, neveux et nièces⁽²⁷⁾, à l'infini⁽²⁸⁾.

1° De plusieurs collatéraux le plus proche en degré obtient la préférence en toute hypothèse⁽²⁹⁾.

2° Entre plusieurs collatéraux qui arrivent ensemble à la succession comme étant du même degré, la succession se partage d'une manière également absolue par têtes⁽³⁰⁾. Dans cet ordre le partage par lignes est inconnu au droit romain, qui le repousse avec raison comme factice⁽³¹⁾.

E) *Des successeurs irréguliers.* Outre les héritiers *ab intestat*

(25) Voyez en ce sens GÖRSCHEN, *Fortes.* III (2), § 924, 7°. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 634, note 8. — PUCHTA, *Pand.* § 460, note b. — SINTENIS, *Civiltrecht* III, § 164, note 10 initio. — NAMUR, *Institutes* II, § 519, 4°. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 416, *Anm.* 2, n° 3. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 372, note 13. — Par contre au point de vue du droit commun allemand, il y a lieu au partage par têtes, en vertu de la décision arbitraire du décret de Spire de 1529 (§ 51).

(24) Nov. 118, c. 3, pr., *vis* *His vero non exstantibus. excluderetur.*

(25) Nov. 118, c. 3, pr., *vis* *Hoc autem privilegium. concedimus.*

(26) Nov. 118, c. 3, pr., *vis* *Quodsi defunctus. si vixerit.* — Pour le partage entre neveux et nièces unilatéraux formant plusieurs souches, surgit la même difficulté que pour les neveux et nièces germains (NAMUR, *Institutes*, II, § 320).

(27) Nov. 118, c. 3, pr., *vis* *Hoc autem privilegium. concedimus*, et *vis* *Quandoquidem.*, et § 1 initio. — (28) Nov. 118, c. 3, § 1, *vis* *Omnes ex latere cognatos.*

(29) Nov. 118, c. 3, § 1 initio. — (30) Nov. 118, c. 3, § 1 i. f.

(31) Contra art. 753, C. civ. fr. — Un auteur inconnu a résumé dans les hexamètres suivants tout le système de Justinien; les vers placés entre parenthèse ne se rencon-

ordinaires dont il vient d'être parlé, il existe quatre catégories de successeurs irréguliers :

1° L'enfant concubinaire et sa mère ont droit à des aliments dans la succession du père naturel, quand celui-ci laisse des enfants légitimes ou une épouse (52); à défaut de ces personnes, ils peuvent réclamer ensemble un sixième des biens, à partager par têtes entre la mère et ses enfants naturels (53); la mère seule a droit à un douzième. De son côté, le père naturel obtient des aliments ou un sixième des biens de son enfant concubinaire, un sixième si l'enfant ne laisse ni postérité légitime ni femme légitime (54). Tout droit de succession est refusé aux enfants illégitimes non concubinaires à l'égard de leur père (55), et réciproquement au père vis-à-vis de l'enfant (56). Mais il existe un droit illimité de succession entre la mère naturelle et son enfant, quelle que soit la qualité de ce dernier (57), comme entre les parents de la mère et les descendants de l'enfant (58).

2° La veuve du *decurus*, si elle est à la fois pauvre, c'est-à-dire incapable de vivre d'après sa condition, et non dotée, recueille une part d'enfant dans la succession de son mari, elle-même comptant comme enfant; mais elle ne peut jamais recueillir au delà d'un quart de la succession (59); s'il y a des enfants communs au *decurus*

trent pas partout, ils concernent le partage de la succession entre plusieurs héritiers concurrents :

*Descendens omnis (?) succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius ejus,
Tunc latere ex uno junctus, quoque filius ejus,
(Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
Juncti ascendentes, fratrum proles quoque sola (?))
Denique proximior reliquorum quisque superstes.*

(52) Nov. 89, c. 12, § 6.

(53) Nov. 89, c. 12, § 4; Nov. 18, c. 3, v^{is} *Si enim quis moriatur..... pro rata unius filii accipiat.* — (54) Nov. 89, c. 13.

(55) Nov. 89, c. 13, pr.; Authent. ad L. 6, C. de inc. et inutil. nupt. 3, 3; L. 6, C. cit., in medio et i. f. — (56) Arg. L. 6 initio, C. cit.

(57) § 7, I. de scoto Tertull. 3, 3; § 3, I. de scoto Orphit. 3, 4; L. 1, § 2, L. 2, § 1, D. ad scutum Tertull. et Orphit. 38, 17; L. 6 i. f., C. ad scutum Orphit. 6, 37; Cf. L. 6 initio, C. cit. — (58) Arg. des mêmes textes.

(59) Nov. 33, c. 6, § 2; Nov. 117, c. 3, cbn. avec Nov. 33, c. 6, pr.

et à sa veuve, on leur réserve la nue propriété de la portion maternelle, et la veuve est réduite à l'usufruit⁽⁴⁰⁾; ce droit de succession de la veuve est de toute justice. Réciproquement, le mari survivant obtient l'usufruit d'une portion virile des biens de sa femme, lorsqu'ils échoient à des descendants communs, placés ou non sous sa puissance⁽⁴¹⁾. Enfin le conjoint survivant non divorcé, mari ou femme, arrive à la *bonorum possessio unde vir et uxor* si l'époux prédécédé ne laisse pas de parents⁽⁴²⁾.

5° En l'absence de parents et de conjoint survivant, certaines corporations dont faisait partie le *decurus*, peuvent recueillir ses biens : ce sont le collège des décurions⁽⁴³⁾, les corporations des fabricants d'armes⁽⁴⁴⁾, des employés provinciaux (*cohortales*)⁽⁴⁵⁾ et des bateliers⁽⁴⁶⁾, les corps militaires (*legio*, *vexillatio*)⁽⁴⁷⁾, enfin les églises vis-à-vis des prêtres desservants⁽⁴⁸⁾ et les couvents⁽⁴⁹⁾.

4° En dernier lieu la succession est déférée au fisc comme vacante, en vertu de la loi Julia et Papia Poppæa⁽⁵⁰⁾. Le fisc est pleinement assimilé à un héritier⁽⁵¹⁾ et soumis à des charges identiques⁽⁵²⁾; il est libre de ne pas accepter la succession, mais s'il tarde de prendre parti, les créanciers héréditaires peuvent faire vendre les biens après un envoi en possession préalable⁽⁵³⁾; après quatre ans d'attente, le droit du fisc est prescrit, et les biens de la succession deviennent *res nullius*⁽⁵⁴⁾.

(40) Nov. 117, c. 3 i. f. — (41) L. 3, C. de bon. mat. 6, 60.

(42) § 6, l. de B. P. 5, 9; D. 38, 11, et C. 6, 18, *unde vir et uxor*.

(43) L. 4, C. de heredit. decur. etc. 6, 62. — (44) L. 3, C. eod. — (45) L. 3, C. eod.

(46) L. 1, C. eod. — (47) L. 2, C. eod.; L. 6, § 7 i. f., D. de inj. testam. 28, 3.

(48) L. 20, C. de episc. et cler. 1, 5; Nov. 151, c. 13 i. f.

(49) L. 20, C. cit.; Nov. 3, c. 5, et Authent. ad L. 20 cit.

(50) ULPSEN, XXVIII, 7 i. f.; L. un., § 13 i. f., C. de cad. toll. 6, 51; L. 1, L. 4, C. de bon. vacant. 10, 10. — (51) Arg. L. 20, § 7, L. 34, pr., D. de hered. petit. 3, 3.

(52) L. 96, § 1, L. 114, § 2, D. de leg. 1^{re}, 50; L. 2, § 1, D. de alim. leg. 34, 1; L. 14, D. de J. F. 49, 14. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 364, *Anm.* — Cf. WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 622, et MEYER, in Schweppe's *R. P. R. V.*, § 981^a. — (53) L. 3, C. de reb. auctor. jud. possid. 7, 72.

(54) L. 1, C. de quadr. præscr. 7, 37. — Voyez encore L. un., C. si liberul. imper. socius 10, 14. — SCHMIDT (C. A.), *De successionibus in bona vacantia ex jure Romano*, 1856. — RUMMEL, *Das Verhältniss des Fiscus zu den bona vacantia*, 1840. — HEIMBACH, *Weske's Rechtslexikon* III, p. 959-947 (1841).

II. OBSERVATION GÉNÉRALE. Dans le système de la nouvelle 118, le partage de la succession entre plusieurs héritiers concurrents se fait par têtes dans la grande majorité des cas. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'on divise par souches ou par lignes, à savoir par souches dans les trois premières classes, par lignes dans la seconde et encore seulement lorsque les héritiers concurrents sont tous des ascendants.

SECTION II. — DE LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE.

HEIMBACH (senior). *Weiske's Rechtslexikon* X, p. 713-1047 (1836).

§ 523. Notions préliminaires.

La succession testamentaire suppose une institution d'héritier, et celle-ci ne peut se faire que par un testament; aucun autre acte ne peut en tenir lieu, car les formes testamentaires sont destinées à assurer la libre manifestation de la volonté dernière⁽¹⁾. Au reste le testament doit être valable ou réunir toutes les conditions requises; dépourvu de l'une de ces conditions, il est considéré comme inexistant, c'est un néant juridique⁽²⁾; il en résulte que la disparition subséquente du vice qui infectait le testament, ne saurait le faire revivre; le néant reste toujours néant : *quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest*⁽³⁾. Enfin, pour donner lieu à la succession testamentaire, le testament fait valablement ne peut avoir été infirmé après coup⁽⁴⁾.

(1) GAIUS, II, 113, 116 et 273 initio; ULPIN, XXV, 11 i. f.; § 2, I. de codic. 2, 23; L. 7, C. cod. 6, 56; L. 10, D. de jure codic. 29, 7.

(2) Pr., I. de heredit., quæ ab intest. defer. 3, 1; L. 1, § 9, D. si tab. testam. nullæ extab., unde liberi 38, 6.

(3) L. 29, L. 201, L. 210, D. de R. J. 50, 17; PAUL, III, 4*, § 8 initio; § 1 i. f. et 3 initio, I. quib. non est permiss. fac. testam. 2, 12; L. 8, pr., D. qui testam. fac. poss. 28, 1. — T. II, § 527-536.

(4) Pr., I. de heredit., quæ ab intest. defer. 3, 1; L. 1, § 8, D. si tab. testam. nullæ extab., unde liberi 38, 6. — T. II, § 537.

I. Caractères essentiels du testament; § 326.

Le testament est un acte de dernière volonté, unilatéral et solennel, par lequel on institue un héritier⁽¹⁾.

1° Le testament est un acte de dernière volonté, il n'est fait que pour l'époque de la mort⁽²⁾. A ce titre, il est éminemment révocable jusqu'au dernier instant de la vie du disposant; car s'il le liait d'une manière quelconque, il cesserait de reproduire sa volonté dernière⁽³⁾.

2° Le testament est un acte unilatéral ou l'œuvre exclusive du testateur : les héritiers ou légataires n'ont pas besoin d'y intervenir, et par là le testament se sépare fondamentalement des conventions.

3° De plus, le testament est un acte solennel; il est soumis à de nombreuses solennités prescrites à peine de nullité⁽⁴⁾.

4° Mais ce qui distingue le testament parmi les dispositions de dernière volonté, c'est l'institution d'héritier; elle forme l'essence du testament, la condition *sine qua non* de sa validité : *heredis institutio est fundamentum testamenti*⁽⁵⁾; aucune autre disposition ne peut soutenir le testament, pas même un legs de quotité ni un fidéicommiss universel⁽⁶⁾; il faut que le testateur désigne une personne appelée à le représenter directement, sinon l'acte de dernière volonté est sans doute valable, mais il ne vaut que comme simple codicille⁽⁷⁾. Une conséquence capitale de la dépendance du testament vis-à-vis de l'institution d'héritier est qu'il tombe avec tout son contenu dès que l'institution elle-même vient à tomber⁽⁸⁾.

5° Enfin, le testament exige pour sa validité certaines conditions

(1) ULPIN, XX, 1; L. 1, D. *qui testam. fac. poss.* 28, 1; Cf. pr., I. de *testam. ordin.* 2, 10. — (2) Voyez les deux premiers textes de la note précédente.

(3) L. 6, C. *qui testam. fac. poss.* 6, 22; L. 19 in medio, C. de *testam.* 6, 23; Cf. L. 32, § 3 i. f., D. de *donat. inter V. et U.* 24, 1, et L. 4 i. f., D. de *adim. v. transfer. leg.* 34, 4. — T. II, § 337, 1, A, 2°.

(4) ULPIN, XX, 1; GAIUS, II, 114 in medio; L. 4 i. f. ebn. avec L. 1, D. *qui testam. fac. poss.* 28, 1. — T. II, § 330. — (5) GAIUS, II, 229; L. 29 initio, C. de *testam.* 6, 23.

(6) ULPIN, XXIV, 13; GAIUS, II, 248; § 2 initio, I. de *fideic. heredit.* 2, 23.

(7) L. 20, L. 15, § 1, D. de *jure codic.* 29, 7. — T. II, § 328-329.

(8) L. 181, D. de *R. J.* 30, 17; L. 3, § 2, D. de *jure codic.* 29, 7; L. 17 initio, D. *si quis omissa causa testam.* 29, 4; L. 9, D. de *testam. tut.* 26, 2; L. 2 i. f., C. *si omissa sit causa testam.* 6, 39.

de capacité chez le disposant⁽⁹⁾, et parfois encore la prise en considération de proches parents⁽¹⁰⁾.

II. Conditions et éléments du testament.

§ 327. De la capacité du testateur.

I. *quibus non est permissum facere testamentum* 2, 12.

D. *qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant* 28, 1.

C. *qui testamenta facere possunt, vel non* 6, 22.

Les Romains appellent la capacité du testateur *testamenti factio*⁽¹⁾, nom qu'ils donnent également à la capacité de l'institué⁽²⁾; de là les expressions modernes de *testamenti factio activa* et de *testamenti factio passiva*, pour désigner respectivement la capacité du disposant et celle de l'héritier testamentaire. La terminologie romaine s'explique par l'ancienne forme de testament où le disposant traitait avec l'héritier : *alter faciebat testamentum cum altero*⁽³⁾.

I. *Qui est capable de tester?* Deux choses sont nécessaires pour pouvoir faire un testament. Il faut d'abord posséder l'état civil ou les qualités civiles requises à cette fin; c'est la capacité de droit. L'on doit ensuite être à même d'exprimer une volonté éclairée; c'est la capacité de fait.

1° La capacité de droit, comme la capacité juridique en général⁽⁴⁾, était attachée à Rome aux trois états de liberté, de cité et de famille : la capacité de tester était donc refusée aux esclaves⁽⁵⁾, aux étrangers⁽⁶⁾, et aux enfants sous puissance, qui d'ailleurs n'avaient pas anciennement de patrimoine pour en faire l'objet d'un testament⁽⁷⁾. Aucune de ces trois incapacités n'était absolue. Aux esclaves

(9) GAIUS, II, 114 initio; L. 4 initio, D. *qui testam. fac. poss.* 28, 1. — T. II, § 327.

(10) GAIUS, II, 125 initio; pr. initio, I. *de exhered. liber.* 2, 15. — T. II, § 331-336.

(1) GAIUS, II, 114 initio; L. 4, L. 8, § 4 i. f., D. *h. t.*

(2) ULPSEN, XXII, 1, 2 et 9; § 4 i. f., I. *de hered. qual. et differ.* 2, 19; L. 16, L. 18, pr. i. f., D. *h. t.* — (3) ULPSEN, XXII, 1. — § 350, I, B, 1°.

(4) L. 11 initio, D. *de cap. min.* 4, 5. — T. I, § 28, I.

(5) PAUL, III, 4^a, § 8 initio, cf. § 9; § 3 initio, I. *h. t.*; L. 8, pr. et § 4, L. 11, L. 19, cf. L. 9, L. 15, D. *h. t.* — (6) GAIUS, I, 25; L. 8, § 1-2, cf. § 3, D. *h. t.*

(7) ULPSEN, XX, 10 initio; pr. initio, I. *h. t.*; L. 6, pr., L. 19, D. *h. t.*; L. 3, § 1, C. *h. t.*

du peuple romain, mais à ceux-là seulement, on avait permis de tester pour la moitié de leur pécule⁽⁸⁾. Le testament d'un étranger était valable, à la condition d'être fait d'après les lois de sa nation⁽⁹⁾, ce qui était impossible pour ceux qui avaient perdu la cité à titre de peine⁽¹⁰⁾ et pour les *dedititii*⁽¹¹⁾, puisque les uns et les autres étaient réputés sans patrie⁽¹²⁾; les anciens Latins Juniens se trouvaient dans le même cas, en vertu d'une disposition formelle de la loi Junia Norbana⁽¹³⁾. Enfin, les fils de famille obtinrent la faculté de tester par rapport à leur pécule castrain ou quasi-castrain⁽¹⁴⁾.

2° Sont incapables de fait les impubères⁽¹⁵⁾, les aliénés⁽¹⁶⁾ sauf dans un intervalle lucide⁽¹⁷⁾, les faibles d'esprit⁽¹⁸⁾ et les prodigues⁽¹⁹⁾ lorsqu'ils ont été interdits⁽²⁰⁾, et les sourds-muets de naissance⁽²¹⁾. Aucune autre maladie corporelle n'a le même effet⁽²²⁾, si elle n'enlève pas au malade la possibilité matérielle de parler et d'écrire⁽²³⁾.

II. *Quand le testateur doit-il être capable?* Il faut distinguer entre la capacité de droit et la capacité de fait.

1° La capacité de droit a besoin d'exister non-seulement à l'époque

(8) ULPIN, XX, 16. — (9) Arg. ULPIN, XX, 14 i. f. — (10) L. 8, § 1-2, D. h. t.

(11) ULPIN, XX, 14 initio — (12) ULPIN, XX, 14 i. f.

(13) ULPIN, XX, 14 initio; GAIUS, I, 23. — T. II, § 301^{bis}, III, B, 1^o.

(14) ULPIN, XX, 10 i. f.; PAUL, III, 4^a, § 5; pr., I. h. t., v^{is} *exceptis iis* *heredem reliquerint*; L. 43, D. de testam. mil. 29, 1; L. 12, C. h. t.; L. 8, § 3 i. f., C. de bon., quæ lib. 6, 61. — Des incapacités spéciales frappent les Manichéens et les apostats (L. 4, § 3, D. de hæret. 1, 3; L. 3, C. de apost. 1, 7) et les condamnés pour écrits injurieux (L. 18, § 1, D. h. t.), jadis encore la femme non autorisée par son tuteur (GAIUS, I, 115^a; II, 118; ULPIN, XX, 13; PAUL, III, 4^a, § 1 i. f.) (T. I, § 61, 2^o).

(15) ULPIN, XX, 12; PAUL, III, 4^a, § 1; § 1 initio, I. h. t.; L. 5, L. 19, D. h. t.; L. 4, C. h. t. — (16) ULPIN, XX, 13; § 1 initio, I. h. t.; PAUL, III, 4^a, § 11; L. 17, D. h. t.

(17) PAUL, III, 4^a, § 3; § 1 in medio, I. h. t.; Cf. L. 9, C. h. t. — (18) Arg. L. 2, D. h. t.

(19) ULPIN, XX, 13; PAUL, III, 4^a, § 6, 7 et 12; § 2 initio, I. h. t.; L. 18, pr. initio, D. h. t. — (20) Arg. des textes de la note précédente.

(21) L. 10, pr. initio, C. h. t.; § 3, I. h. t.

(22) L. 2, D. h. t.; L. 3, pr., C. h. t.; PAUL, III, 4^a, § 4; L. 10, D. h. t.; L. 3, C. h. t.; Cf. PAUL, III, 4^a, § 2.

(23) L. 10, pr. i. f. et § 1, C. h. t.; § 3, I. h. t.; Cf. ULPIN, XX, 13 initio, et L. 6, § 1 initio, L. 7, D. h. t.

de la confection du testament⁽²⁴⁾ mais encore à celle de la mort, car ce n'est qu'à ce dernier moment que le testament devient définitif; en d'autres termes, le testament qui est nul dès le principe si le testateur est dépourvu de la capacité à l'époque de sa confection⁽²⁵⁾, est frappé d'inefficacité toutes les fois que le disposant perd sa capacité dans la suite⁽²⁶⁾ sans la recouvrer avant son décès. Le droit civil n'admettait pas même que le testament invalidé par l'incapacité subséquente du disposant, pût redevenir valable quand la capacité avait été récupérée le jour de la mort; il exigeait une capacité continue depuis la confection du testament jusqu'au décès, toute incapacité intermédiaire détruisant irrévocablement l'acte testamentaire⁽²⁶⁾. Mais le préteur, moins rigoureux, se contenta de la capacité aux deux époques extrêmes, sans avoir égard à une simple incapacité intermédiaire qui a disparu au décès; il accorda dans ce cas à l'institué une *bonorum possessio secundum tabulas*⁽²⁷⁾; cependant, il exige une confirmation du testament de la part du disposant redevenu capable lorsque celui-ci a perdu sa capacité par sa libre volonté, afin de s'assurer de son intention de maintenir le testament, que sans cela on pourrait croire révoqué d'une manière tacite⁽²⁸⁾. Cette *bonorum possessio* est *cum re* dans la législation de Justinien; mais beaucoup d'auteurs ne veulent pas lui reconnaître ce caractère en règle générale⁽²⁹⁾. Parmi les

(24) Pr. i. f., § 1 in medio et § 3 initio, l. h. t.; L. 8, pr., L. 19, D. h. t.

(25) GAÏUS, II, 114 initio.

(26) GAÏUS, II, 143; ULPÏEN, XXIII, 4 initio; § 4, l. quib. mod. testam. infirm. 2, 17; L. 6, § 3, D. de inj. testam. 28, 3.

(27) GAÏUS, II, 147; ULPÏEN, XXIII, 6; § 6, l. quib. mod. testam. infirm. 2, 17; L. 1, § 8, L. 11, § 2, D. de B. P. s. t. 57, 11; L. 8, § 5, D. de jure codic. 29, 7; L. 12, pr. i. f., D. de inj. testam. 28, 3. — (28) L. 11, § 2, D. de B. P. s. t. 57, 11.

(29) § 6, l. quib. mod. testam. infirm. 2, 17; L. 1, § 8, L. 11, § 2, D. de B. P. s. t. 57, 11; L. 8, § 5, D. de jure codic. 29, 7; Voyez cependant L. 12, pr. i. f., D. de inj. testam. 28, 3. — En ce sens GOESCHEN, *Fortes.* III (2), § 990, 1^{re} chn. avec § 986. — VON LÖHR, *Magazin für Rechtswiss. u. Gesetzgebung* IV, p. 458 sq. (1844). — PUCHTA, *Pand.* § 462, note f, et *Fortes.* II, § 462-463. — SEIFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 347. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 363, note 7. — Cf. MÜHLENBRUCH, *Fortsetzung von Glück* XXXIX, p. 50 sq. (1857). — Contra FABRICIUS, *Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio* p. 156 sq. — MAYER, l. c. I, § 50, Ann. 5. — LEIST, *Die bonorum possessio* II (1), p. 270 sq. — FEIN, *Fortsetzung von Glück* XLIV, p. 62 sq., et XLV,

incapacités postérieures à la confection du testament, il y en avait une qui ne l'infirmait jamais, à savoir la captivité de guerre du testateur alors même que celui-ci décédait chez les ennemis; car grâce à la fiction Cornélienne, il était censé mort à l'instant qu'il avait perdu la liberté⁽⁵⁰⁾.

2° A la différence de la capacité de droit, la capacité de fait n'est requise, par la nature des choses, qu'au moment de la confection du testament; survenant après coup elle est indifférente⁽⁵¹⁾.

§ 528. De l'institution d'héritier.

I. 2, 14, D. 28, 3, et C. 6, 24, de *heredibus instituendis*.

I. *Principes fondamentaux.* L'ancienne jurisprudence romaine montrait une grande sévérité à l'égard de l'institution d'héritier : celle-ci était non-seulement, comme il a été dit⁽¹⁾, le fondement matériel du testament, mais aussi sa base formelle (*fundamentum et caput*), et pour ce motif toute disposition qui précédait l'institution, était réputée non écrite⁽²⁾; ensuite l'on devait instituer en termes consacrés par l'usage, termes impératifs et latins⁽³⁾. Mais dans le dernier état du droit romain, l'institution d'héritier est entièrement affranchie de la forme : l'empereur Constance, fils de Constantin I^{er}, permit d'instituer en termes quelconques⁽⁴⁾, et Justinien valida les dispositions testamentaires faites avant l'institution d'héritier⁽⁵⁾. Dès lors il est évident que les mots d'héritier et d'institution d'héritier ont perdu leur caractère sacramentel; d'autres expressions peuvent accuser l'intention du testateur de se donner un héritier testamentaire⁽⁶⁾,

p. 502 sq., *Ann.* 51. — HEIMBACH, l. c. p. 973-976. — SINTENIS, *Civiltrecht* III, p. 179, *Ann.* 6. — NAMUR, *Institutes* II, § 539, I, 5°. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 458, *Ann.*

(50) PAUL, III, 4°, § 8, v^{re} *sane valet*.; § 5 i. f., I. h. t.; L. 12, D. h. t.

(51) § 2 i. f., 5 i. f. et 4 i. f., I. h. t.; L. 6, § 1, v^{re} *sed si*., L. 18, pr. in medio, L. 20, § 4 i. f., D. h. t.

(1) T. II, § 526.

(2) GAUS, II, 229; ULPSEN, XXIV, 13; PAUL, III, 6, § 2; L. 1, pr., D. h. t.

(3) GAUS, II, 116-117; ULPSEN, XXI; Cf. L. 21, § 6, C. de *testam.* 6, 23.

(4) L. 13, L. 21, § 6, C. de *testam.* 6, 23; Cf. L. 1, § 3-7, D. h. t.

(5) § 54, l. de *leg.* 2, 20; L. 24, C. de *testam.* 6, 23. — (6) L. 1, § 6-7, D. h. t.

comme réciproquement une personne qualifiée d'héritier ou d'institué peut n'être qu'un simple légataire⁽⁷⁾. L'on peut aussi instituer quelqu'un d'une manière tacite, par une disposition indirecte; il suffit que la volonté d'instituer soit constante⁽⁸⁾. Enfin, il n'est pas non plus indispensable que l'héritier soit désigné par son nom, s'il l'est suffisamment par d'autres indications du testament⁽⁹⁾. Une institution d'héritier suppose seulement :

1° Une volonté réelle et positive d'instituer. La simulation⁽¹⁰⁾, l'erreur⁽¹¹⁾, le dol⁽¹²⁾ et la violence⁽¹³⁾ annulent complètement et dans tous les cas l'institution d'héritier; en effet celle-ci, à la différence de la convention, a pour fondement souverain la volonté unilatérale du testateur, et partant tous les vices de cette volonté doivent faire considérer l'institution comme non avenue. Beaucoup d'auteurs combattent cette solution en ce qui concerne la violence morale, qui d'après eux ne serait qu'une cause de rescision de l'institution; mais leur opinion implique contradiction avec celle qu'ils admettent eux-mêmes par rapport à l'erreur accidentelle et au dol⁽¹⁴⁾. De la

(7) L. 15, § 1, D. de jure codic. 29, 7.

(8) L. 85, D. h. t.; Non-obstant L. 19, D. h. t., et L. 16, D. de V. et P. S. 28, 6. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 449, *Ann.* 1, et WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 546, 5^o i. f., et note 11.

(9) L. 9, § 8, L. 58, pr., D. h. t.; Cf. L. 54, pr. initio, D. de condit. 35, 1.

(10) L. 11, § 1, D. de leg. 3^o, 52; L. 24 i. f., D. de testam. mil. 29, 1; L. 17, D. de jure codic. 29, 7. — Cf. T. I, § 214.

(11) L. 9, pr., D. h. t., cbn. avec L. 5, D. de reb. dub. 54, 5. — L. 5, C. de testam. 6, 25; L. 4, L. 7, C. h. t. — L. 92, D. h. t.; L. 28, D. de inoffic. testam. 5, 2; L. 9-10, C. de testam. mil. 6, 21. — Cf. T. I, § 211. — (12) Cf. T. I, § 212.

(13) L. 1, C. si quis aliq. test. prohib. v. coeg. 6, 54; L. 2, § 7 i. f., D. de B. P. s. t. 57, 11; L. 5, D. si quis aliq. test. prohib. v. coeg. 29, 6; L. 5, C. eod. 6, 54. — Cf. T. I, § 215.

(14) Arg. L. 2, § 7 i. f., D. de B. P. s. t. 57, 11. — Voyez en notre sens GLÜCK, *Pand.* XXXIII, p. 426-455. — MEYER, in *Schweppe's R. P. R. V.*, § 789. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 454. — THIBAUT, *System* II, § 949, 2^o, et § 991, III. — MAYER, l. c. I, § 51, c. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 644, 1^o, et *Fortsetzung von Glück* XLIII, p. 483-491. — SCHLIEPMANN, *Die Lehre vom Zwange* p. 80 sq. — TEWES, l. c. p. 201 sq. — KRAMER, *De leer van den psychischen dwang* p. 86 sq. — ARNDT, *Lehrb.* § 491, 5^o, et *Ann.* 2. Cf. MÜLLER, *Lehrb.* § 183, note 1 i. f. — Contra GOESCHEN, *Vortles.* III (2), § 794. — PUCHTA, *Pand.* § 472, et note c, et *Vortles.* III, § 472, 1^o, a. — SEUFFERT, *Prakt. Pand.* III, § 554. — KELLER, *Pand.* § 492, III, A. — SIXTENS, *Civilrecht* III, § 171, et *Ann.* 55^b. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 451, *Ann.* I, n^o 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 548, 1^o, et note 2. — Cf. ROSSHIRT, l. c. I, § 50, p. 262-272, et HEIMBACH, l. c. p. 918-920.

nécessité d'une volonté réelle et positive d'instituer résulte encore la nullité de l'institution qui abandonnerait le choix de l'héritier à un tiers⁽¹³⁾, ou qui dépendrait de la volonté pure et simple d'un tiers (condition potestative pure)⁽¹⁶⁾; mais l'institution d'héritier, comme la convention, peut être subordonnée au fait d'un tiers (condition potestative mixte)⁽¹⁷⁾. En vue de garantir l'authenticité de l'institution et de prévenir des fraudes, le sénatus-consulte Libonien, porté sous Tibère, frappa de nullité les institutions faites au profit de celui qui avait écrit le testament sous la dictée du testateur, indépendamment du point de savoir si le testateur avait voulu ou non l'instituer⁽¹⁸⁾.

2° La volonté d'instituer doit être exprimée d'une manière intelligible, sinon il n'y a pas d'institution⁽¹⁹⁾. Mais une simple inexactitude dans la désignation, soit de l'institué⁽²⁰⁾, soit de la portion héréditaire⁽²¹⁾, ne nuit point; elle doit être rectifiée dans le sens de la volonté réelle du disposant, si bien entendu cette volonté est de nature à pouvoir être exactement constatée : *falsa demonstratio non nocet*. L'on interprète même le testament d'une façon aussi large que possible, en se prononçant dans le doute pour l'institué, parce que le testament est dicté par un esprit de pure libéralité; c'est l'interprétation la plus large qui est le plus en harmonie avec la volonté du disposant : *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*⁽²²⁾.

(13) L. 52, pr., D. h. t. — Mais voyez L. 24, D. de leg. 2°, 51; L. 7, § 1, D. de reb. dub. 34, 5; L. 46, § 3, D. de fideic. libert. 40, 3. — (16) L. 68 in medio, D. h. t.

(17) L. 68, D. h. t., ebn. avec L. 52, D. de condit. 53, 1 (T. I, § 206, III). — Voyez 2° L. 73, pr. D. de leg. 1°, 30; L. 1, § 1, D. de leg. 2°, 51; L. 11, § 7, D. de leg. 5°, 32. — 3° L. 11, § 3, D. cod. — Était nulle pour le même motif l'institution faite par un testateur qui n'était pas certain de sa capacité (ULPIEN, XX, 11; L. 14-15, D. qui testam. fac. poss. 28, 1; L. 1, pr., D. de leg. 3°, 32).

(18) L. 1, L. 5, D. de his, quæ pro non script. hab. 34, 8; L. 1, § 8, L. 5-6, L. 10-11, L. 14-15, L. 17-18, L. 22, D. de lege Corn. de fals., et de scito Liboniano 48, 10; C. de his, qui sibi adscr. in testam. 9, 25.

(19) L. 73, § 5, D. de R. J. 30, 17; L. 2, D. de his, quæ pro non script. hab. 34, 8; L. 9, § 8, L. 62, § 1, D. h. t. — L. 3, D. de reb. dub. 34, 5; L. 9, pr. et § 1, D. h. t. — Voyez encore L. 188, pr., D. de R. J. 30, 17.

(20) § 29 in medio, l. de leg. 2, 20; L. 48, § 3, D. h. t.; L. 53, pr., D. de condit. 53, 1; L. 4, C. de testam. 6, 25. — (21) L. 9, § 2-4, D. h. t.; L. 13, pr., D. de leg. 1°, 30.

(22) L. 12, D. de R. J. 30, 17; L. 24, D. de reb. dub. 34, 5. — L. 12, § 2 i. f., D. de usu et habit. 7, 8.

II. *Quelle est la part respective de plusieurs institués ?* Trois cas sont à distinguer :

1° Si le testateur n'a fait d'assignation de parts pour personne, il est clair qu'il a voulu donner à chaque institué une portion virile de la succession. Toutefois, si certains héritiers sont institués conjointement ou par une seule et même disposition, ceux-là n'obtiennent qu'une portion ensemble, d'après l'intention présumée du testateur qui ne les a honorés que d'une institution collective ; ils sont censés ne former qu'une seule personne, comme les héritiers *ab intestat* appartenant à la même souche⁽²⁵⁾.

2° Si au contraire la part de tous les institués se trouve déterminée dans le testament, on se tient naturellement à cette désignation⁽²⁴⁾, à moins que les diverses quotes-parts réunies ne forment un total supérieur ou inférieur à l'unité héréditaire, auquel cas il y a lieu de faire subir à toutes une diminution ou une augmentation proportionnelles⁽²⁵⁾. Lorsqu'une même part a été laissée à plusieurs, elle se fractionne entre eux par têtes⁽²⁶⁾ ; mais ici encore les conjoints par les termes ne reçoivent tous ensemble qu'une fraction unique⁽²⁷⁾.

3° Enfin, si la part de certains héritiers seulement a été déterminée, on accorde aux héritiers sans part, conformément à la volonté évidente du testateur, le restant de l'unité héréditaire⁽²⁸⁾. Que si le testateur a déjà épuisé ou excédé cette unité, on suppose qu'il a voulu disposer une seconde fois de ses biens, en accordant aux héritiers sans part la seconde unité ou le restant de la seconde unité, et l'on réduit proportionnellement toutes les portions comme à l'occasion de notre seconde hypothèse⁽²⁹⁾.

(25) L. 54, pr., D. de leg. 1^o, 50 ; L. un., § 10 i. f., C. de cad. toll. 6, 51 ; Arg. L. 66, D. h. t. — (24) Arg. § 7 initio, I. h. t.

(25) § 7, I. h. t. ; L. 13, § 1, L. 16, L. 47, § 1, D. h. t.

(26) L. 13, pr., D. h. t. ; L. 142, D. de V. S. 30, 16, v^o *Lucius Titius ex parte dimidia*.....

(27) L. 54, pr., D. de leg. 1^o, 50 ; L. 142, D. de V. S. 30, 16, v^o *Lucius Titius, Publius Mævius*..... videantur ; L. un., § 10 i. f., C. de cad. toll. 6, 51 ; L. 20, § 2, D. h. t.

(28) § 6 i. f., I. h. t. ; L. 17, pr., L. 47, § 2, D. h. t.

(29) PAUL, III, 4^o, § 6 i. f. ; § 6 i. f. et 8, I. h. t. ; L. 17, § 3-5, L. 18, D. h. t.

III. *Des institutions conditionnelles ou à terme.* (D. de conditionibus institutionum 28, 7 ; C. de institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub conditione factis 6, 25).

1° Sont réputés non écrits de telle sorte que l'institution devient pure et simple, d'abord les termes de toute nature⁽⁵⁰⁾ et la condition résolutoire⁽⁵¹⁾, ensuite les conditions suspensives physiquement ou légalement impossibles⁽⁵²⁾. La première de ces deux règles dérive du point de vue romain, plus formaliste que rationnel, que l'héritier représentant la personne du défunt ne pouvait avoir cette qualité pour un certain temps, *semel heres semper heres* ; la condition suspensive se conciliait seule avec cette règle, par suite de sa rétroactivité, tandis que l'héritier sous condition résolutoire ou à terme suspensif ou résolutoire aurait été un héritier temporaire. La seconde règle, différente de celle suivie dans les conventions qu'annulent radicalement les conditions impossibles⁽⁵³⁾, est fondée en raison : on suppose que le testament étant l'œuvre exclusive du testateur, celui-ci n'a pas connu le caractère impossible de la condition apposée à l'institution, et que s'il l'avait connu, il aurait préféré renoncer à la condition plutôt qu'à l'institution elle-même, car il voulait faire avant tout une libéralité ; l'école proculéenne s'en tenant à la rigueur des principes, n'en avait pas moins voulu appliquer aux testaments la théorie des conventions⁽⁵⁴⁾. Mais sont nulles, à cause de leur immoralité, les institutions faites sous des conditions captatoires, dans le but d'arriver frauduleusement à la succession de l'institué⁽⁵⁵⁾.

2° Il arrive parfois que la loi remet une condition de l'institution. En effet, s'il s'agit d'une condition mixte dont la réalisation exige le

(50) § 9, I. h. t., v^h ex certo tempore ; L. 34, D. de hered. institut. 28, 5 ; Cf. L. 56, D. eod. ; L. 9, C. eod. 6, 24.

(51) Arg. des deux premiers textes de la note précédente.

(52) PAUL, III, 4^e, § 2 ; § 10, I. h. t. ; L. 16 i. f., D. de inf. testam. 28, 5 ; L. 1, L. 8-9, L. 14, L. 27, L. 50, § 1, D. h. t. ; L. 3, D. de condit. 35, 1.

(53) T. I, § 206, IV, A, 5^o, et B, 2^o, 5^o. — (54) GAUS, III, 98.

(55) L. I i. f., D. de his, quæ pro non script. hab. 54, 8 ; L. 20, § 2, D. h. t. ; L. 71, § 1, D. de hered. institut. 28, 5 ; L. 11, C. de testam. mil. 6, 21 ; Cf. L. 70, L. 71, pr., L. 81, § 1, D. de hered. institut. 28, 5. — Voyez aussi § 8 initio, I. quib. mod. testam. infirm. 2, 17, et L. 91, D. de hered. institut. 28, 5, puis L. 9, § 8 i. f., ebn. avec L. 48, § 1, D. eod.

concoure de l'institué et d'un tiers, mais que le testateur n'a apposée à l'institution que dans le but de s'assurer de la bonne volonté de l'institué, celui-ci arrive à la succession si le non-accomplissement de la condition est exclusivement imputable au tiers ; ainsi l'a voulu le testateur⁽⁵⁶⁾. De plus, si on a été institué à condition de s'abstenir de certains actes (condition potestative négative de la part de l'héritier), et que la réalisation de la condition soit *forcément* différée jusqu'à la mort de l'institué⁽⁵⁷⁾, on admet ce dernier, d'après la volonté présumée du testateur, à la jouissance provisoire des biens héréditaires, à charge de les restituer avec tous les profits dans le cas où il contrevient à la condition⁽⁵⁸⁾ ; cette restitution doit être garantie par une caution, appelée Mucienne d'après son inventeur Quintus Mucius Scaevola⁽⁵⁹⁾.

IV. *Des institutions motivées.* En général ces sortes d'institutions sont indépendantes du motif indiqué, elles demeurent debout nonobstant la fausseté de ce motif : *falsa causa non nocet* ; la raison en est que le testateur inscrit souvent dans son testament des motifs dont il connaît très-bien la fausseté, parce qu'il désire donner un prétexte à la libéralité vis-à-vis de tierces personnes⁽⁶⁰⁾. Aussi la règle énoncée cesse-t-elle lorsqu'il est constaté que dans la pensée du testateur il y avait un motif proprement dit⁽⁴¹⁾.

§ 529. *Des substitutions.*

ARNDT. *Weiske's Rechtslexikon* X, p. 654-674 (1856).

La substitution se divise en vulgaire, pupillaire et quasi-pupillaire.

I. *De la substitution vulgaire* (1. *de vulgari substitutione* 2, 15 ; D. *de vulgari et pupillari substitutione* 28, 6 ; C. *de impuberum et*

(56) L. 6, pr., L. 14, D. *de condit.* 33, 1 ; L. 1, C. *h. t.* ; Cf. L. 1, C. *de his, quæ sub modo* 6, 43, et L. 7, C. *de condit. insert.* 6, 46. — (57) Cf. L. 106, D. *de condit.* 33, 1.

(58) L. 73, D. *eod.* — (59) L. 7, pr., L. 18, cf. L. 73, D. *eod.*

(40) § 51, 1. *de leg.* 2, 20 ; L. 72, § 6 initio, D. *de condit.* 33, 1 ; L. 2, C. *de falsa causa adj. leg.* 6, 44. — (41) L. 72, § 6 i. f., D. *cit.* ; L. 4, C. *h. t.*

aliis substitutionibus 6, 26). La substitution vulgaire est une institution conditionnelle, faite pour le cas où l'institué n'arriverait pas à la succession⁽¹⁾. Elle était, et de là lui vint précisément le nom de vulgaire, d'une extrême fréquence chez les anciens Romains; ceux-ci tenaient par dessus tout à laisser un héritier de leur choix; quand leur solvabilité était douteuse, ils substituaient en dernière ligne un de leurs esclaves qui devenait leur héritier nécessaire⁽²⁾. La substitution vulgaire reste complètement sous l'empire de la théorie des institutions conditionnelles⁽³⁾; il s'ensuit que le substitué qui décède après que l'hérédité lui a été déferée, mais avant de l'avoir acceptée, ne transmet pas d'une manière absolue son droit à ses héritiers, pas plus qu'un autre institué⁽⁴⁾. Nous n'avons à relever ici que quelques règles d'interprétation :

1° Le substitué supporte les charges imposées à l'institué, en dehors de toute disposition expresse du testament⁽⁵⁾, sauf la preuve d'une volonté contraire chez le testateur⁽⁶⁾. Un rescrit de Septime-Sévère et de Caracalla fixa définitivement ce point, d'après l'intention évidente du disposant.

2° La substitution d'un héritier à son cohéritier est dominée par le principe qu'on y est substitué en qualité d'héritier. En conséquence, pour en profiter, il est indispensable d'avoir acquis la succession comme institué⁽⁷⁾, et la substitution opère en faveur de plusieurs cosubstitués en proportion de leurs parts d'institution⁽⁸⁾.

(1) GAIUS, II, 174; ULPPIEN, XXII, 33; PAUL, III, 4b, § 4; PR., I. h. t.; L. 1, PR., L. 56, PR., D. h. t.

(2) § 1, I. de hered. qualif. et differ. 2, 19; PR. i. f., I. h. t.; L. 56, PR. i. f., D. h. t.

(3) Sur ses diverses formes voyez GAIUS, II, 174 i. f., ULPPIEN, XXII, 33 i. f., PAUL, III, 4b, § 4 i. f. et 5, PR. i. f. et § 1, I. h. t.

(4) L. 39, § 6 i. f., D. de hered. instit. 28, 3; L. 23, L. 43, § 1, D. h. t.; L. 81, D. de A. v. O. H. 29, 2; L. 9, D. de suis et legit. hered. 38, 16. — T. II, § 319, 1, A.

(5) L. 77, § 7 i. f., L. 82, § 1, D. de leg. 2o, 31; L. 4 i. f., C. ad sectum Trebell. 6, 49.

(6) L. 74, D. de leg. 1o, 30; L. un., § 9, C. de cad. toll. 6, 31, vñ *Sin vero..... relinquebat*.

(7) Arg. L. 2, D. de A. v. O. H. 29, 2; L. 41, § 4 i. f., D. h. t.; *Non obstat* L. 76, § 1, D. de A. v. O. H. 29, 2. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 431, *Anm.* 3, n° 2.

(8) § 2, I. h. t.; L. 3, L. 8, § 1, L. 9, L. 24, L. 41, § 1, D. h. t.; L. 1, C. h. t.

Si des héritiers substitués répudient la substitution, il n'y a pas moins accroissement forcé de la part vacante⁽⁹⁾.

5° S'il a été fait une substitution à deux degrés, la seconde substitution produit ses effets, quel que soit l'ordre dans lequel l'institué et le premier substitué fassent défaut⁽¹⁰⁾; si le premier substitué est de plus institué, la seconde substitution porte sur la part d'institution du premier substitué comme sur sa part de substitution, et renferme ainsi une institution *secundo loco* à côté de l'institution *tertio loco*⁽¹¹⁾. L'une et l'autre règle sont exprimées par le brocard : *substitutus substituto censetur substitutus instituto*.

II. *De la substitution pupillaire* (I. de *pupillari substitutione* 2, 16; D. et C. sources précitées. — WILKENS, *De pupillari substitutione quaestiones quaedam*, Berlin, 1861). On appelle substitution pupillaire l'institution d'héritier faite par un père de famille au nom de son enfant impubère soumis à sa puissance immédiate, pour le cas où il viendrait à mourir dans l'impuberté. Presque toujours le père commençait par instituer comme héritier personnel son enfant impubère, après quoi il faisait une double disposition au profit d'un tiers : non-seulement il l'appelait à sa propre succession à défaut de l'enfant, mais de plus pour l'éventualité où cette première substitution n'aurait pas produit d'effet, si le fils arrivé à la succession du père décédait impubère, le père nommait encore le tiers héritier du fils (*Titius filius meus heres mihi esto; si filius meus heres mihi non erit, siue heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit (id est, pubes factus sit), tunc Seius heres esto*)⁽¹²⁾; le tiers était substitut vulgaire vis-à-vis de l'hérédité du père, et en outre, si on peut s'exprimer ainsi, institué pupillaire vis-à-vis de celle de l'enfant⁽¹³⁾; on l'appela donc substitut pupillaire. Comme ces deux vocations du tiers étaient habituellement réunies, on finit par admettre que l'une impliquait

(9) L. 53, pr., L. 76, pr., D. de A. v. O. II. 29, 2; L. 6, C. h. t.

(10) L. 41, pr. i. f., D. h. t. — (11) § 5, I. h. t.; L. 27, L. 41, pr., D. h. t.

(12) GAÏUS, II, 179; ULPÏEN, XXIII, 7; pr., I. h. t.; L. 1, § 1, D. h. t.

(13) Pr. i. f. et § 2, I. h. t.; L. 2, pr. initio, D. h. t.

l'autre⁽¹⁴⁾, jusqu'à preuve d'une volonté contraire⁽¹⁵⁾. Pour le même motif les Romains considéraient la substitution pupillaire comme une substitution vulgaire modifiée ; de là le point de vue si important en cette matière que le substitut pupillaire est héritier du père en second degré⁽¹⁶⁾. Les principes suivants résument la présente théorie :

1° Le droit de faire le testament de l'impubère forme une prérogative de la puissance paternelle : le père de famille seul en est investi à l'égard de son enfant sous puissance⁽¹⁷⁾ ; encore faut-il un lien immédiat de puissance, sinon l'impubère est destiné à tomber plus tard sous la puissance de l'ascendant intermédiaire et à recevoir de lui un héritier⁽¹⁸⁾. Ensuite, le droit du chef de famille est subordonné à la confection d'un testament personnel, parce que le substitut pupillaire est réputé héritier en second degré vis-à-vis du père⁽¹⁹⁾. Le testament paternel peut ne faire qu'un seul et même acte avec le testament du fils⁽²⁰⁾, et ne pas contenir l'institution de l'impubère⁽²¹⁾. Mais le testament de l'enfant étant un accessoire du testament paternel, doit être fait simultanément ou après, et non auparavant⁽²²⁾ ; pour le même motif, la nullité ou l'infirmité du testament du père entraîne la nullité ou l'infirmité du testament de l'impubère⁽²³⁾.

2° La substitution pupillaire qui se réalise, fait succéder le substitut pupillaire à l'enfant absolument comme s'il avait été institué par ce dernier⁽²⁴⁾. Si le substitut pupillaire est aussi appelé à la succession du père, comme celle de l'enfant n'en est qu'un accessoire,

(14) L. 2, § 6, L. 4, pr. et § 1, D. h. t. ; L. 4 initio, C. h. t.

(15) L. 4, § 2, L. 43, pr., D. h. t. ; L. 2, L. 4, C. h. t. ; L. 6, C. de testam. mil. 6, 21. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 431, *Ann.* 1, et § 435, *Ann.* 1. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 359, 3°, et notes 10 et 11. — (16) VANGEROW, *Lehrb.* II, § 452, *Ann.*

(17) Pr. initio et § 9, I. h. t. ; L. 2, pr. initio, D. h. t. — (18) L. 2, pr. in medio, D. h. t.

(19) ULPEN, XXIII, 9 ; § 3, I. h. t. ; L. 1, § 3, L. 2, § 1 initio, D. h. t.

(20) § 2, cf. § 5, I. h. t.

(21) GAUC, II, 182 ; ULPEN, XXIII, 8 ; § 4, I. h. t. ; L. 1, § 2, L. 10, § 5 in medio, D. h. t. — (22) L. 2, § 4, D. h. t.

(23) L. 2, § 1, *vis adeo autem..... evanescat*, L. 10, § 4, cf. L. 2, § 1, *vis Plane si.....*, D. h. t. — Sur les diverses formes de la substitution pupillaire, voyez § 6-7, I. h. t., puis § 8, I. h. t., L. 7, L. 14-13, L. 21, L. 58, § 1-2, L. 45, § 1, D. h. t.

(24) L. 7, C. h. t. ; L. 10, § 5 initio, D. h. t. ; Cf. L. 10, § 5 i. f. et 6, D. h. t.

l'acceptation⁽²⁵⁾ ou la répudiation⁽²⁶⁾ de l'une des hérédités entraîne l'acceptation ou la répudiation de l'autre.

III. *De la substitution quasi-pupillaire.* (Düffer, *Ad constitutionem* 9, *C. de impuberum et aliis substitutionibus*, Halle, 1848. — Hüffer, *De substitutione quasi pupillari*, Breslau, 1855). La substitution quasi-pupillaire est l'institution d'héritier faite par un ascendant au nom de son descendant atteint d'aliénation mentale, pour le cas où il mourrait dans cet état. Elle est parfaitement analogue, comme le prouve son nom, à la substitution pupillaire⁽²⁷⁾, et soumise à la même théorie; il s'ensuit que l'ascendant a le droit de substituer pour toute la fortune du descendant en démence, et non, comme l'enseignent quelques-uns, pour les seuls biens qu'il transmet à ce descendant⁽²⁸⁾. Il n'y a à signaler que les différences suivantes :

1° Tout ascendant de l'un ou de l'autre sexe a qualité pour faire une substitution quasi-pupillaire⁽²⁹⁾. L'ascendant de la ligne paternelle passe avant celui de la ligne maternelle, et dans chaque ligne l'homme avant la femme; mais ce point est très-controversé⁽³⁰⁾.

(25) L. 39, D. de A. v. O. II, 29, 2; L. 20, C. de jure delib. 6, 50.

(26) L. 10, § 5, D. h. t.; Cf. L. 10, § 4, L. 12, D. h. t. — Windscheid, *Lehrb.* III, § 559, 7°. — Vangerow, *Lehrb.* II, § 454, *Anm.*, n° 1.

(27) § 1 i. f., I. de pupill. substit. 2, 16; L. 9 in medio, C. de impub. et al. substit. 6, 26; Cf. L. 45, pr., D. de V. et P. S. 28, 6, et L. 7, § 1 et 8, C. de curat. fur. 5, 70.

(28) Voyez en notre sens Francke, *Nothenrecht* p. 465 sq. — Mejer, in *Schweppe's R. P. R. V.*, § 813 initio. — Henger, l. c. p. 298, note 1. — Mackeldey, *Lehrb.* II, § 671, 5°. — Wenig-Ingenheim, *Lehrb.* III, § 465 initio. — Goeschen, *Vorles.* III (2), § 849 i. f. — Mayer, l. c. I, § 41 et note 5. — Rossurt, l. c. I, p. 599-401. — Thibaut, *System* II, § 840 (§ 858 de la 9^{me} éd.). — Mühlbruch, *Lehrb.* III, § 676 et note 4. — Burchardi, *Lehrb.* III, § 555 et note 2. — Düffer, l. c. p. 18 sq. — Seuffert, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 543, note 2. — Hüffer, l. c. p. 10 sq. — Brinz, *Lehrb.* § 184 i. f. — Sintenis, *Civildrecht* III, § 176, *Anm.* I in medio. — Arndts, l. c. p. 672-675, et *Lehrb.* § 499, *Anm.* — Windscheid, *Lehrb.* III, § 560 et note 4. — Contra Puchta, *Pand.* § 479, et *Vorles.* II, *eod.* — Keller, *Pand.* § 490 i. f. — Vering, l. c. p. 558 sq. — Tewes, l. c. I, p. 508 sq. — Namur, *Institutes* II, § 556. — Demangeat, *Cours élém. de D. R.* I, p. 678. — Vangerow, *Lehrb.* II, § 456, *Anm.* — Cf. Fritz, édition de Wenig-Ingenheim, III, § 463, note k.

(29) § 1 initio, I. de pupill. substit. 2, 16; L. 9, C. de impub. et al. substit. 6, 26.

(30) Pour : Mejer, l. c. § 813, note 4. — Wenig-Ingenheim, l. c. § 465 in medio. — Mühlbruch, l. c. § 676 et note 5. — Puchta, l. c. — Düffer, l. c. p. 46 sq. — Hüffer,

2^o L'ascendant doit choisir les héritiers du descendant en démence parmi la postérité de ce dernier, et subsidiairement parmi sa propre postérité; ce n'est qu'à défaut de l'une et de l'autre qu'il institue avec une liberté entière⁽⁵¹⁾.

§ 550. De la forme du testament.

1. de testamentis ordinandis 2, 10; D. qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamentum fiant; C. de testamentis et quemadmodum testamentum ordinentur 6, 25.

I. ANCIEN DROIT CIVIL. A) Dans la Rome primitive les citoyens testaient devant le peuple, en temps de paix dans les comices calates, et en temps de guerre devant le front de l'armée prête à livrer bataille (*in procinctu*)⁽¹⁾. Une pareille publicité jointe à la circonstance que les comices calates ne se réunissaient que deux fois l'an, amena promptement la désuétude de ce testament, sans doute à partir de la loi des Douze tables⁽²⁾.

B) Depuis cette loi jusqu'à Théodose II règne à Rome le testament *per æs et libram*, fondé sur le principe de la mancipation. Il affecta successivement deux formes différentes :

1^o A l'origine, le testateur mancipait ses biens à l'héritier lui-même, pour en jouir après sa mort, et en lui imposant les charges qu'il jugeait convenables; c'était une véritable institution contractuelle ou un pacte successoire; l'héritier s'y appelait en effet *familie emptor*⁽³⁾. Mais ici encore la publicité du testament était un inconvénient capital; on trouva un remède dans les derniers siècles de la république.

2^o On mancipa alors la succession pour la forme à un *familie*

l. c. p. 34 sq. — BRINZ, l. c. — SINTENIS, l. c. § 176, 2^o, 3^o, et *Anm.* 1 i. f. — WINDSCHEID, l. c. note 7. — CONTRA HUNGER, l. c. p. 298 sq. — MACKELDEY, l. c. — GOESCHEN, l. c. — THIBAUT, l. c. — BURCHARDI, l. c. — Cf. ROSSHIRT, l. c. p. 402-403, et SEUFFERT, l. c. § 545, 3^o.

(51) L. 9 i. f., C. de impub. et al. substit. 6, 26. — Moyennant une autorisation du prince il était permis au père de toute personne incapable de tester, de faire le testament à sa place (L. 43, pr., D. de V. et P. S. 28, 6).

(1) GAIUS, II, 101; ULPEN, XX, 2 initio; § 1 initio, I. h. t., et THÉOPHILE, *cod.*; Virgilii *interpres*, ad *Æneid.* X, v. 242 (édit. MAI, 1818).

(2) CIC., de nat. deor. II, 5 (9); GAIUS, II, 105 initio; ULPEN, XX, 2; § 1 i. f., I. h. t.

(3) GAIUS, II, 102.

entor fictif, et à l'abri de cette solennité on faisait un testament écrit ou oral. Dans le premier cas, le testateur mettait d'abord par écrit ses volontés dernières; puis, tout en procédant à la mancipation devant les cinq témoins, le porte-balance et le *familie entor*, il déclarait qu'il disposait de ses biens conformément à la teneur des tablettes qu'il présentait; les témoins y apposaient leur sceau de manière à les fermer, en certifiant par une *superscriptio* ou signature extérieure l'accomplissement de cette formalité⁽⁴⁾. Si le testateur désirait se passer de l'écrit, il déclarait de vive voix ses volontés dernières, toujours accessoirement à une mancipation servant de solennité⁽⁵⁾.

II. DROIT PRÉTORIEN. A côté de ce testament, le préteur en créa un autre avec des formes plus simples : il ne conserva de la mancipation que les sept personnes qui y intervenaient comme témoins, porte-balance ou *familie entor*; il en fit sept témoins; c'est pourquoi lorsqu'il est rédigé par écrit, le nouveau testament est connu sous le nom de *testamentum septem signis signatum*⁽⁶⁾. Au porteur d'un tel testament le préteur promet une *bonorum possessio secundum tabulas*⁽⁷⁾ *vel secundum nuncupationem*⁽⁸⁾, suivant que le testament était écrit ou oral. Jusqu'à Marc-Aurèle cette *bonorum possessio* était indistinctement *sive re*; le testament prétorien n'avait d'efficacité qu'en l'absence de tout héritier civil, testamentaire ou légitime⁽⁹⁾; Marc-Aurèle fit prévaloir la *bonorum possessio* sur l'hérédité civile *ab intestat*, mais le testament civil continua à l'emporter sur le testament prétorien⁽¹⁰⁾. Les deux testaments, civil et prétorien, fonctionnèrent ainsi ensemble jusqu'à Théodose II.

III. LÉGISLATION DE JUSTINIEN. Théodose II créa un testament nouveau; au fond c'est le testament prétorien, bien que Justinien lui attribue une triple source, civile, prétorienne et impériale, et l'appelle

(4) GAIUS, II, 105 i. f. et 104; ULPIN, XX, 2 i. f. et 9; § 1 i. f., I. h. t.

(5) Nov. de Théodose II, tit. 16, § 6. — (6) § 2, I. h. t.

(7) GAIUS, II, 147 initio et 119 i. f. ebn. avec 119 initio; ULPIN, XXVIII, 5-6.

(8) L. 2 i. f., C. de B. P. s. t. 6, 11. — (9) GAIUS, II, 148-149 et 119 in medio.

(10) GAIUS, II, 120.

en conséquence *testamentum tripertitum*(11). D'autre part, la législation de Justinien connaît plusieurs formes particulières de testaments :

A) *Du testament privé écrit*. Il suppose :

1° La présence de sept témoins(12) ou de cinq à la campagne si on ne peut en réunir davantage(13). Les témoins doivent être avertis des opérations testamentaires pour pouvoir les surveiller(14), et être capables; sont incapables pour des motifs naturels, les aliénés(15), les prodigues(16) et les faibles d'esprit(17) interdits, les impubères(18), les sourds(18), les muets(18) et les aveugles(19); sont incapables en vertu de dispositions positives, les esclaves(20), les étrangers(21), les femmes(22), les infâmes de droit ou de fait(23), les personnes qu'un lien de puissance unit au testateur(24), enfin l'institué et les personnes qui lui sont unies de la même manière(25), parce que l'acte testamentaire est censé se passer entre l'institué et le disposant(26), mais non les légataires auxquels ce motif ne s'applique pas(27).

2° Pour les opérations testamentaires elles-mêmes, le disposant qui a rédigé ou fait rédiger par autrui ses volontés dernières(28), les présente comme telles aux témoins(29), les signe en leur présence(30), ou bien s'il ne sait ou ne peut signer, se fait remplacer

(11) § 3, I. h. t.; Nov. de Théodose II, tit. 16 (L. 21, C. h. t.). — (12) § 3, I. h. t.

(13) L. 31, C. h. t., v^{is} *Sin autem in illo loco. concedimus*.

(14) L. 20, § 10, L. 21, § 2, D. h. t.

(15) ULPPIEN, XX, 7; § 6, I. h. t.; L. 20, § 4, D. h. t.

(16) § 6, I. h. t.; L. 18, pr., D. h. t.

(17) Arg. des textes de la note précédente, cbn. avec T. I, § 67, II i. f.

(18) ULPPIEN, XX, 7; § 6 in medio, I. h. t.

(19) Ils ne pourraient surveiller les opérations testamentaires. — (20) Cf. § 7, I. h. t.

(21) Arg. ULPPIEN, XX, 8. — (22) ULPPIEN, XX, 7; § 6, I. h. t.; L. 20, § 6, D. h. t.

(23) § 6, I. cit.; Nov. 90, c. 1.

(24) GAUDES, II, 103-107; ULPPIEN, XX, 5-6; § 9, I. h. t.; L. 20, pr. i. f., D. h. t.; Cf. § 8, I. h. t.; L. 20, § 2, D. h. t.

(25) GAUDES, II, 108; § 10, I. h. t.; L. 20, pr. initio, D. h. t.

(26) § 10 initio et i. f., I. h. t.

(27) GAUDES, II, 108; § 11, I. h. t.; L. 20, pr. i. f., D. h. t.

(28) L. 21, pr. initio, C. h. t.; Nov. 119, c. 9 (qui abroge § 4, I. h. t., et L. 29, C. h. t.); Authent. ad L. 29, C. h. t.; Cf. § 12-13, I. h. t.; L. 21, § 2 initio, C. h. t.

(29) L. 21, pr. in medio, C. h. t. — (30) § 5 i. f., I. h. t.; L. 21, § 2 in medio, C. h. t.

par un huitième témoin⁽⁵¹⁾; ensuite, les témoins signent le testament (*subscriptio* requise par le droit impérial)⁽⁵²⁾, le scellent au moyen d'un cachet quelconque⁽⁵³⁾, et certifient l'apposition du sceau par une mention faite à côté (ancienne *superscriptio*)⁽⁵⁴⁾. Si le testateur veut cacher aux témoins le contenu de son testament, il peut les faire signer à l'extérieur (testament mystique)⁽⁵⁵⁾. A la campagne, s'il n'y a pas moyen de se procurer des témoins lettrés, la signature des illettrés est remplacée par celle des témoins lettrés quand il y en a, et dans tous les cas par une lecture du testament, sur lequel les témoins sont appelés plus tard à prêter serment⁽⁵⁶⁾.

5° Il faut enfin l'unité de contexte⁽⁵⁷⁾. On entend par là deux choses, la réunion dans le même endroit du testateur et de tous les témoins, en vue de la bonne surveillance des opérations testamentaires (unité de lieu)⁽⁵⁸⁾, et la continuité de ces opérations avec omission de tout acte hétérogène non motivé par les besoins physiques du testateur ou des témoins, afin que l'attention de ces derniers ne soit pas distraite (unité de temps et d'acte)⁽⁵⁹⁾. Cependant si le testateur est atteint d'une maladie contagieuse, il ne faut pas que les témoins se tiennent avec lui⁽⁴⁰⁾.

B) *Du testament privé oral*. Les opérations testamentaires prémentionnées sont remplacées dans l'espèce par une simple déclaration du testateur au sujet de ses volontés dernières; l'écrit qui a pu être dressé à cette occasion, ne sert qu'à la preuve; pour le surplus le testament privé oral se rattache au précédent⁽⁴¹⁾.

C) *Du testament public écrit*. Il est parfait par la seule remise de l'acte testamentaire entre les mains de l'empereur⁽⁴²⁾.

D) *Du testament public oral*. Il consiste dans une déclaration

(51) L. 21, § 1, C. h. t. — (52) § 3 i. f., l. h. t.; L. 21, § 2 i. f., C. h. t.

(53) § 3 i. f., l. h. t.; L. 22, § 2 et 3, D. h. t.; L. 21, pr. i. f., C. h. t.; Cf. PAUL, IV, 6, § 1. — (54) L. 22, § 4, L. 30, D. h. t. — (55) L. 21, pr., C. h. t. — (56) L. 51, C. h. t.

(57) § 5, l. h. t. — (58) L. 20, § 8, D. h. t.; L. 9, L. 12 initio, C. h. t.

(59) L. 21, § 3, D. h. t.; L. 21, pr. i. f. et § 2, L. 28, pr., C. h. t. — (40) L. 8, C. h. t.

(41) § 14, l. h. t.; L. 21, pr., L. 23, D. h. t.; L. 21, § 4, L. 26, C. h. t. — Mais l'incapacité de l'aveugle d'être témoin vient à tomber (VANGEROW, *Lehrb.* II, § 444, *Anm.*, n° 1, 1°), bien qu'on le conteste fortement.

(42) L. 19, C. h. t.; Nov. de Valentinien III, tit. 20, de *testamentis*, L. 1.

personnelle faite par le testateur devant le juge ou le magistrat municipal, qui en dresse procès-verbal (43).

E) *Du testament de l'aveugle*. Il exige comme condition extraordinaire, qu'il soit donné lecture de l'acte testamentaire et que l'aveugle le reconnaisse, ou bien, si l'aveugle désire tester oralement, qu'il s'explique clairement sur l'identité de l'institué et qu'il soit tenu acte de sa déclaration, afin d'éviter toute substitution de testaments ou erreur de personnes. La lecture ou la mise par écrit du testament de l'aveugle incombe à un tabulaire ou à un huitième témoin (44).

F) *Du testament des ascendants au profit de descendants*. Le testament dans lequel le testateur veut exclusivement instituer des descendants, peut se faire par un simple acte privé, où le testateur ne doit écrire de sa main que les noms des institués, leurs quotes-parts héréditaires en toutes lettres et non en chiffres, ainsi que la date (45).

G) *Du testament olographe*. Dans la législation de Justinien, le testament écrit en entier de la main du testateur le dispense seulement de la formalité de la signature; encore faut-il à cet effet que le testament contienne la mention qu'il est de l'écriture du testateur (46). D'après une constitution de Valentinien III, non recueillie par Justinien, le testament olographe était, en cas de besoin, affranchi de toute solennité (47).

II) *Du testament militaire*. Il en sera question plus loin (48).

(43) L. 19 initio, C. h. t.; Nov. de Valentinien III, cit., § 2 (Nov. 63, § 2); Cf. L. 18, C. h. t. — Transformée en testament écrit, cette forme testamentaire est d'une grande fréquence en Allemagne.

(44) § 4, l. *quib. non est perm. fac. testam.* 2, 12; L. 8, C. *qui testam. fac. poss.* 6, 22.

(45) Nov. 107, c. 1; Authent. *Nos igitur omnia* ad L. 21, § 3, C. h. t. (Nov. de Théodose II, tit. 16, § 3); L. 21, § 3, C. cit.; Cf. Nov. 107, c. 2, et Authent. *Et si quidem* ad L. 21, § 3, C. cit. — EULEN, *De testamento et divisione parentum inter liberos*, Berlin, 1820, Bonn, 1823. — FRITZ, *Entwicklung der Lehre von dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern*, Leipzig, 1822. — (46) L. 28, § 1, C. h. t.

(47) Nov. de Valentinien III, 64, § 1. — (48) T. II, § 373, I, 4°.

DE LA SUCCESSION NÉCESSAIRE.

VALETT. *Das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten, oder das sogenannte Notherbenrecht*. Göttingen, 1826.

BLUNTSCHLI. *Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Rechte, mit besonderer Berücksichtigung der Novelle 115*. Bonn, 1829.

FRANCKE. *Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten*. Göttingen, 1851.

MÜHLENBRUCH. *Fortsetzung des Glückeschen Kommentars* XXXV, p. 419-480, XXXVI, XXXVII, et XXXVIII, p. 1-117 (1852-1853).

ARNDTS. *Weiske's Rechtslexikon* VIII, p. 79-170 (1854).

§ 551. *Notions.*

Nous appelons successeurs nécessaires certains parents que le testateur est obligé de prendre en considération dans son testament de la manière indiquée par la loi. Cette manière peut varier et ainsi se formèrent l'une après l'autre à Rome trois successions nécessaires, que nous nommerons succession nécessaire formelle de l'ancien droit civil, succession nécessaire matérielle, et succession nécessaire formelle de la novelle 115. Cette terminologie n'est pas romaine, mais elle est d'une grande utilité pour éviter la confusion dans la matière compliquée que nous allons aborder⁽¹⁾. Au reste, on séparera avec soin de ces successeurs dits nécessaires au point de vue du *testateur*, les héritiers dits nécessaires à cause de l'obligation qui incombe à *ces héritiers* d'acquérir la succession.

§ 552. *De la succession nécessaire formelle de l'ancien droit civil.*

I. de *exheredatione liberorum* 2, 15; D. de *liberis et posthumis heredibus instituendis vel exheredandis* 28, 2; C. de *liberis præteritis vel exheredatis* 6, 28.

SCHMIDT (AD.). *Das formelle Recht der Notherben*. Leipzig, 1862.

I. DES SUJETS. A) *Droit civil proprement dit.*

1^o A l'origine, les seuls parents que le testateur dût prendre en considération dans son testament, étaient les *sui* ayant cette qualité

(1) WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 487. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 678. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 373. — Les auteurs allemands disent généralement *Notherbenrecht*, *Notherbfolge*.

au moment de la confection du testament, en d'autres termes les enfants placés alors sous sa puissance immédiate (1). Pour les posthumes qui entraient après coup dans un rapport de suite avec le testateur, celui-ci n'était admis ni à les instituer, ni à les exhérer, puisque c'étaient des personnes incertaines (2). Mais la survenance subséquente de pareils posthumes en faisant des *sui* actuels, infirmait le testament paternel (3), et cette règle s'appliquait non-seulement aux *sui* venant à naître après la confection du testament, mais aussi aux personnes déjà nées et tombant plus tard sous la puissance directe du disposant (4); le testament était *ruptum agnatione vel quasi agnatione posthumi*.

2° L'on permit insensiblement au père de famille d'instituer et d'exhérer les posthumes et de prévenir par là l'infirmité de son testament :

a) On l'y autorisa d'abord pour les posthumes naissant après son décès (5), parmi lesquels ceux du second degré prirent le nom d'Aquiliens, d'après Aquilius Gallus, l'inventeur de la formule pour les instituer ou les exhérer (6).

b) On ne tarda pas à étendre la règle nouvelle aux posthumes naissant du vivant du testateur après la confection du testament; ce sont les posthumes Velleïens, qui empruntèrent leur nom à la loi Junia Velleia de l'an 763 de Rome (7).

c) Cette loi admit encore l'exhérédation des descendants au delà du premier degré, pour le cas où ils passeraient sous la puissance immédiate; elle ne parlait pas de leur institution, rien ne s'y était jamais opposé, car c'étaient des personnes vivantes et certaines. Ces posthumes furent qualifiés de quasi-Velleïens (8).

d) Enfin la dernière disposition de la loi Junia Velleia fut étendue

(1) GAÏUS, II, 125 initio; ULPÏEN, XXII, 14 et 17; pr. initio et § 7, I. h. t.

(2) Arg. ULPÏEN, XXII, 19. — Voyez T. II, § 318, I, A, 5^o.

(3) ULPÏEN, XXII, 13 et 18; XXIII, 2.

(4) GAÏUS, II, 155, 158-159; ULPÏEN, XXIII, 3. — (5) ULPÏEN, XXII, 19 initio.

(6) ULPÏEN, XXII, 13; L. 29, pr., § 1-4, D. h. t.

(7) GAÏUS, II, 154; ULPÏEN, XXII, 19 i. t.; L. 29, § 11-12, D. h. t.

(8) GAÏUS, II, 155; PAUL, III, 4^o, § 10; § 2, I. h. t.; L. 29, § 13, D. h. t.

par voie d'analogie aux personnes autres que les descendants pour l'éventualité d'un rapport de suite⁽⁹⁾.

B) *Droit prétorien*. Le préteur substitua à la notion des *sui* celle des *liberi*, comme dans la succession *ab intestat* à laquelle nous renvoyons⁽¹⁰⁾.

II. DE L'OBJET DE L'ANCIENNE SUCCESSION NÉCESSAIRE FORMELLE. L'ancien droit civil ne se proposait pas d'accorder aux enfants un droit proprement dit vis-à-vis de leur père de famille et de restreindre sa liberté de tester; il voulait au contraire venir au secours du père victime d'un oubli, en s'assurant que s'il n'avait pas appelé son enfant à sa succession, il l'avait positivement voulu; l'omission involontaire des posthumes était le plus à craindre, et ce furent probablement eux qui provoquèrent les dispositions protectrices pour les plus proches héritiers *ab intestat*⁽¹¹⁾. On posa donc le principe que l'enfant devait être sinon institué au moins exhérité de telle manière qu'il n'y eût pas de doute possible sur la volonté du père de famille de l'exclure de sa succession; l'exhérédation devait être :

1° Expresse ou directe, le testateur devait l'avoir prononcée lui-même⁽¹²⁾.

2° Absolue, elle devait affecter toute l'hérédité et tous les degrés d'institution. Si elle ne portait que sur une partie de la succession, elle était considérée comme non avenue⁽¹³⁾; faite vis-à-vis d'un degré seulement, elle ne valait que pour ce degré⁽¹⁴⁾.

3° En dernier lieu, l'exhérédation devait être individuelle, et non collective; mais cette condition n'était pas toujours requise avant Justinien. Le droit civil l'exigeait pour les enfants déjà nés lors de la confection du testament, s'ils étaient mâles et du premier degré⁽¹⁵⁾,

(9) AFG. ULPPIEN, XXIII, 2-5.

(10) GAJUS, II, 135-137; ULPPIEN, XXII, 23; § 3-4, I. h. t. — T. II, § 322, I, A.

(11) WALTER, *Geschichte des R. R.* II, n° 613.

(12) L. 3, § 1, D. h. t.; L. 4, C. de instit. sub condit. factis 6, 23; L. 28, pr., C. h. t.; Cf. L. 15, § 2, D. h. t., cbn. avec L. 4, § 2, D. de hered. instit. 28, 3, et L. 5, § 2 i. f., D. h. t., cbn. avec L. 68, D. de hered. instit. 28, 3. — (13) L. 19, D. h. t.

(14) L. 3, § 2 initio, L. 14, pr. et § 1, D. h. t.

(15) GAJUS, II, 123, 127 et 128; ULPPIEN, XXII, 16 et 20; pr. i. f. et § 1 initio, I. h. t.; L. 1, L. 2, L. 3, pr., D. h. t.

et pour les posthumes du sexe masculin à tous les degrés⁽¹⁶⁾; quant aux posthumes du sexe féminin, l'exhérédation collective n'avait d'efficacité que pour autant qu'il résultait du testament que le père avait songé au posthume⁽¹⁷⁾; on se montrait avec raison plus sévère pour l'exhérédation des posthumes, si naturellement sujets à un oubli. Élargissant la règle civile, le préteur requit une exhérédation individuelle pour tous les *liberi* du sexe masculin, nés ou à naître⁽¹⁸⁾. Enfin Justinien fit de cette exhérédation une obligation absolue pour des *liberi* quelconques⁽¹⁹⁾.

III. *Des effets de l'ancienne succession nécessaire formelle. Quid si un liber n'a pas été régulièrement exhérédé, et surtout s'il a été passé sous silence ou prétérit dans le testament paternel?*

A) Le droit anté-justinien distinguait entre les fils d'un côté, les filles et les descendants de fils de l'autre.

1° En ce qui concerne les fils, le droit civil déclarait le testament nul dès le principe ou infirmé après coup *agnatione vel quasi agnatione posthumi*; il y avait donc succession légitime, et le fils réclamait sa portion *ab intestat* par la pétition d'hérédité; la *querela nullitatis (ex jure antiquo)* en rescision du testament, dont parlent les modernes, est une impossibilité, car le testament paternel est sans existence juridique et on ne saurait demander la rescision du néant⁽²⁰⁾. D'après la rigueur civile, le testament demeurait nul ou infirmé alors même que le fils, cause de la nullité ou de l'infirmité, venait à précéder au testateur; strictement le néant ne peut arriver à l'existence⁽²¹⁾; mais le préteur soutenait alors le testament par une *bonorum possessio secundum tabulas cum re*, en considérant que la

(16) GAIUS, II, 152 i. f. et 154 i. f.; ULPEN, XXII, 21 initio et 22; § 1 i. f., l. h. t.

(17) GAIUS, II, 152 initio et 154 i. f.; ULPEN, XXII, 21 i. f.; § 1, l. h. t., *vis Sed feminini quidem sexus..... oblivione*.

(18) GAIUS, II, 129 et 133 in medio; ULPEN, XXII, 23 in medio; § 3 in medio, l. h. t.

(19) § 3, l. h. t.; L. 4, pr. et § 2, C. h. t.

(20) GAIUS, II, 125 initio, 151 et 154; ULPEN, XXII, 16 et 18; XXIII, 2; pr. initio, § 1-2, l. h. t.; L. 7, D. h. t.; L. 3, § 3, D. de inj. rupt. testam. 28, 5.

(21) GAIUS, II, 125 i. f.; pr. i. f., l. h. t.; L. 12, pr. initio, D. de inj. rupto testam. 28, 5.

cause de la nullité ou de l'infirmité avait disparu (22). Tel était le droit civil pour les *sui*. — Le droit prétorien, organisé en faveur des *liberi*, ne casse pas précisément le testament paternel, le préteur n'en avait pas le pouvoir, et partant la succession demeure testamentaire; le préteur répute le fils réclament insitué à la place des héritiers véritables, et lui ouvre la *bonorum possessio contra tabulas* (23), mais conjointement avec les *liberi* institués qu'il eût été déraisonnable d'exclure de la succession (24).

2° S'il s'agissait de *sui* autres que les fils, l'ancien droit civil maintenait le testament et la succession testamentaire; seulement les *sui* étaient censés institués à côté des institués réels; ces derniers n'obtenaient qu'une portion virile par têtes si eux-mêmes étaient des *sui*, une portion virile tous ensemble si c'étaient des étrangers; le surplus était dévolu aux *sui* réclamants (25). — Modifiant ce système par l'assimilation de tous les *liberi* entre eux, le préteur avait admis les *liberi* du sexe féminin ou du second degré à la pleine *bonorum possessio contra tabulas* accordée aux *liberi* fils du testateur (26); mais comme cette mesure contrariait trop ouvertement le droit civil, un rescrit de Marc-Aurèle, enrayant l'action prétorienne, limita à la portion héréditaire civile la *bonorum possessio* ouverte aux *liberi* du sexe féminin ou du second degré (27).

B) Justinien, marchant sur les traces du préteur, attacha à l'exhérédation irrégulière des *liberi* du sexe féminin ou du second degré les mêmes effets qu'à celle des *liberi* fils du testateur, c'est-à-dire la nullité ou l'infirmité absolues du testament et la succession *ab intestat*, ou bien une *bonorum possessio contra tabulas* pleine et entière (28). Cette *bonorum possessio* ne renversait pas le testament pour le tout; on y maintenait :

1° Les exhérédations régulières (29); mais il est évident que si à

(22) L. 12, pr., D. cit. — (23) GAÛS, II, 133; ULPÏEN, XXII, 25; § 3, l. h. t.

(24) L. 3, § 11, cf. L. 10, § 1, D. de B. P. c. t. 57, 4.

(25) GAÛS, II, 124; ULPÏEN, XXII, 17; Cf. PAUL, III, 4^{re}, § 8.

(26) GAÛS, II, 125 ebn. avec 124.

(27) GAÛS, II, 126 ebn. avec L. 4, pr. in medio, C. h. t.

(28) L. 4, pr. et § 1, C. h. t. — (29) L. 8, pr., L. 10, § 3, D. de B. P. c. t. 57, 4.

cause de la *bonorum possessio contra tabulas*, les institués venaient à répudier, le testament croulait par sa base et avec lui les exhéredations (50).

2° Les substitutions pupillaires et les datations de tuteur (51).

3° Le prélegs de la dot en faveur de la femme du testateur ou de l'un de ses descendants (52).

4° Les libéralités contenues dans le testament au profit de descendants ou d'ascendants du testateur, jusqu'à concurrence de la part virile d'un *bonorum possessor* (53).

§ 333. De la succession nécessaire matérielle.

1. 2, 18, D. 5, 2, et C. 5, 28, de *inofficioso testamento*.

STEIN. *Versuch einer theoretisch-praktischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben*, Erlangen, 1798.

MOELLER. *Die Lehre vom Pflichttheil*, Sulzbach, 1801-1806, 2 vol.

CHALLE. *Commentatio historico-juridica de portione legitima*, Bonn, 1820.

1. DES SUJETS. 1° *In abstracto* trois catégories de parents ont droit à une légitime; ce sont les descendants, les ascendants et les frères et sœurs du défunt (1). Les frères et sœurs étaient d'abord tous réservataires (2); mais sous le bas-empire on n'admit plus à réclamer une légitime que les frères et sœurs consanguins (ou germains) (5), et encore seulement si l'institué était une personne déshonnête (*persona turpis*), une personne frappée d'infamie à l'un de ses trois degrés (4).

2° *In concreto*, ces parents peuvent réclamer leur légitime dans l'ordre où ils sont appelés à la succession *ab intestat*. En premier

(50) L. 20, pr., D. *eod.* — (51) L. 54, § 2, D. de *V. et P.* S. 28, 6.

(52) L. 1, pr., L. 8, § 4-6, L. 9, L. 10, pr., D. de *leg. præst. contra tab.* 57, 4.

(53) L. 1, L. 5, § 6, L. 7, L. 8, pr., cf. L. 5, § 1, D. *eod.*

(1) L. 1, D. *h. t.*; L. 21, C. *h. t.* — (2) Arg. L. 1, D. cit. et L. 21, C. cit.

(5) L. 1, C. Théod. de *inoff. testam.* 2, 49; L. 27, C. *h. t.*

(4) L. 1, L. 5, C. Théod. de *inoff. testam.* 2, 49; L. 27, C. *h. t.*; Cf. L. 24, L. 51, § 1, D. *h. t.* — T. 1, § 58.

lieu viennent les descendants, pour autant qu'ils sont héritiers présomptifs *ab intestat*, en second lieu les ascendants sous la même condition, et avec eux les frères et sœurs germains, en troisième lieu les frères et sœurs consanguins, s'il n'y a pas de neveux ou nièces germains; car ces derniers, sans être réservataires, sont cependant plus proches héritiers *ab intestat* (5).

II. DE L'OBJET DE LA SUCCESSION NÉCESSAIRE MATÉRIELLE. Les parents prémentionnés ont un droit acquis à une certaine portion héréditaire; cette portion leur est garantie par la loi (*portio legibus debita portio legitima*); ils ne peuvent en être dépouillés que pour cause d'indignité (6) ou dans leur intérêt bien entendu (*exhereditatio bonamente facta*) (7).

A) *Détermination de la légitime*. 1° La légitime est une fraction de la part *ab intestat*; elle était originairement du quart de cette part, sans doute par analogie de la quarte Falcidie, et cette circonstance fait que nos sources l'appellent assez souvent Falcidie (8). L'importante nouvelle 18 en éleva sensiblement la quotité : elle fixa en principe la légitime au tiers de la portion *ab intestat*; mais si cette dernière portion est inférieure à un quart de la succession, la légitime s'élève à la moitié. A la vérité, Justinien ne s'exprime formellement en ce sens que pour les descendants (9); mais sa décision n'est, de l'aveu de presque tous nos interprètes modernes, que l'application d'un principe général (10). Ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer la quotité d'une légitime, l'on doit commencer par rechercher quelle portion hérédi-

(5) § 524, I, A, B et C.

(6) L. 5 in medio, D. h. t.; L. 152, pr., D. de V. O. 45, I, v^{is} si et meruit exheredari; L. 7, pr., D. de bon. damnat. 48, 20, v^{is} nisi meritis de consis; L. 18-20, L. 25, L. 28, L. 33, § 1, C. h. t.

(7) L. 18, D. de lib. 28, 2; L. 12, § 2, D. de bon. libert. 58, 2; L. 16, pr. et § 2, D. de curat. fur. 27, 10; L. 25, C. h. t.

(8) § 5, 6 et 7, I. h. t.; L. 8, § 8-9, D. h. t.; L. 31, C. h. t. — (9) Nov. 18, préf. et c. 1.

(10) Nov. 18, c. 1 i. f.; Nov. 89, c. 12, § 3, v^{is} quam lex et nos constituimus. — En ce sens FRANCKE, l. c. p. 211 sq. — MEJER, l. c. I, § 88, Ann. 4. — ROSSHIRT, l. c. I, p. 86 89. — NAMUR, *Institutes* II, § 552, 2°. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 473, Ann. 1, nos 1 et 4. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 580 et notes 2 et 4. — Contra MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 656, et en partie MÜHLENBRUCH, *Glück's Fortsetzung* XXXV, p. 272 sq.

taire eût recueillie le réservataire s'il y avait eu succession *ab intestat*; généralement le tiers de cette portion sera la légitime, mais si la part *ab intestat* est de moins d'un quart, c'est la moitié de cette part qui constitue la légitime. Dans la fixation de la portion *ab intestat* du légataire, on doit tenir compte de tous les héritiers *ab intestat*, sans en excepter les cohéritiers valablement exhérédés ou non réservataires, et même avoir égard à la veuve pauvre et non dotée⁽¹¹⁾.

2° S'il a été laissé au légataire des biens déterminés, et qu'il prétende avoir reçu trop peu, il faudra, pour vérifier le fondement de sa réclamation, évaluer en argent le montant de sa légitime et des libéralités à valoir sur elle. A cette fin on estimera l'actif⁽¹²⁾ et le passif héréditaires; en déduisant le second du premier, on aura l'actif net; une certaine quotité de cet actif formera l'import de la légitime, et l'on constatera immédiatement si le légataire est lésé et de combien. Les lois romaines ne contiennent guère de renseignements sur cette matière; mais on est d'accord pour appliquer la théorie de la quarte Falcidie; l'analogie est complète.

a) Relativement à l'actif héréditaire, l'on doit avoir égard à deux groupes de biens. D'abord viennent ceux existant au décès du *decurus*⁽¹³⁾: s'il y a des créances conditionnelles, naturelles ou à charge d'insolvables, on les néglige provisoirement, puisque leur valeur dépend d'événements ultérieurs; mais il doit en être tenu compte plus tard au réservataire si elles deviennent efficaces, et il y a lieu de lui fournir caution de ce chef⁽¹⁴⁾; on soumet à l'escompte les créances à terme⁽¹⁵⁾. Il faut ensuite évaluer en argent les donations entre-vifs faites par le *decurus*; la circonstance que celui-ci a disposé entre-vifs d'une partie de sa fortune, ne saurait porter atteinte à la légitime⁽¹⁶⁾. L'une et l'autre estimation se font d'après l'époque du

(11) VANGEROW, *Lehrb.* II, § 473, *Ann.* 1, n° 3. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 580, note 4 i. f. — Citons ici les deux vers qui formulent les principes de Justinien :

Quatuor aut infra utis dant jura trientem,

Sed dant semissem libens si quinque vel ultra.

(12) Cf. L. 42, L. 62, § 1, L. 63, pr., D. *ad leg. Falc.* 53, 2.

(13) L. 2, C. *de M. C. D.* 8, 37.

(14) L. 1, § 17, L. 21, pr., L. 56, § 2, L. 73, § 1, D. *ad leg. Falc.* 53, 2.

(15) L. 5, § 3, D. *si cui plus* 53, 3. — (16) Arg. Nov. 92, c. 1, pr.

décès du testateur, sans prendre en considération les augmentations ou diminutions de valeur survenues depuis lors; car c'est au décès que se détermine naturellement la valeur d'une succession⁽¹⁷⁾.

b) Le passif héréditaire comprend les dettes proprement dites du *decurus*⁽¹⁸⁾, les frais funéraires modérés, qui sont une charge de la succession⁽¹⁹⁾, et la valeur, déjà portée à l'actif, des esclaves affranchis par testament; en effet, ces esclaves étant destinés à la liberté, ne forment pas une vraie valeur héréditaire, bien qu'ils se trouvent dans la succession à la mort du testateur⁽²⁰⁾. S'il y a des dettes conditionnelles, naturelles, à charge d'insolvables ou à terme, on procède à leur égard par analogie des créances héréditaires de même espèce⁽²¹⁾.

B) *De la manière dont doit être laissée la légitime*. Elle peut l'être d'une manière quelconque⁽²²⁾; mais le légitaire n'est pas tenu de plein droit à l'imputation des donations entre-vifs qu'il a reçues du *decurus*; l'obligation de faire cette imputation doit lui avoir été imposée⁽²³⁾, ce qui dans la législation de Justinien, se présume pour la dot⁽²⁴⁾, la donation à cause de mariage⁽²⁵⁾ et l'avance faite au légitaire du prix d'achat d'un office près d'un tribunal (*militia*)⁽²⁶⁾, par suite de l'importance de ces donations. Le testateur, libre de laisser la légitime par la voie qu'il juge convenable, doit cependant s'abstenir d'y apporter aucune restriction par des dispositions accessoires; celles des dispositions qui lèsent le droit du légitaire, sont réputées non écrites⁽²⁷⁾.

III. DES EFFETS DE LA SUCCESSION NÉCESSAIRE MATÉRIELLE.

A) *Principes généraux*. Si une lésion de la légitime est constatée,

(17) L. 6, C. h. t.; L. 44, § 2, D. de bon. libert. 58, 2.

(18) PAUL, IV, 3, § 6; L. 8, § 9, D. h. t.

(19) Textes de la note précédente et L. 1, § 19, L. 2, D. ad leg. Falc. 53, 2.

(20) PAUL, IV, 3, § 6 i. f. — (21) L. 3, § 5, cf. L. 1, § 11, D. si cui plus 53, 5.

(22) § 6 initio, I. h. t.; L. 8, § 6, D. h. t.; L. 53, pr., L. 53, § 2, L. 56, pr., C. h. t.

(23) L. 23, pr., D. h. t.; L. 53, § 2, C. h. t.

(24) L. 29, C. h. t.; Cf. L. 1, C. Grégor. de inoffic. testam. 2, 3. — (25) L. 29, C. h. t.

(26) L. 50, § 2, C. h. t.; Cf. § 6 i. f., I. h. t.

(27) L. 52, L. 56, pr., vis sive extrinsecus. inferri, et § 1, C. h. t. — Sur la cautela Socini voyez FRANCKE, I. c. p. 247-250.

l'on doit examiner si la légitime est exclusivement entamée par les institutions d'héritier, ou si elle l'est déjà par les donations entre-vifs. Dans le premier cas, le légitimaire n'a action que contre les institués; car au moment où elles ont été faites, les donations entre-vifs ne lésaient en rien le droit du réservataire, et les libéralités excessives à cause de mort n'ont pu enlever aux donataires leur droit acquis⁽²⁸⁾. Dans le second cas, le réservataire a action contre les donataires entre-vifs comme contre les institués, en commençant par la donation la plus récente, et en remontant de celle-là aux donations plus anciennes jusqu'à ce que la légitime soit parfaite; la donation que l'on rencontre ainsi la dernière doit être réduite jusqu'à concurrence de la légitime; ce sont en effet ces donations les plus récentes qui ont violé le droit du légitimaire⁽²⁹⁾.

B) *Des actions ouvertes aux légitimaires.* Originellement n'existait que la *querela inofficiosi testamenti*; dans le cours du troisième siècle de notre ère, apparut la *querela inofficiosæ donationis vel dotis*⁽³⁰⁾; ces deux plaintes se donnaient la première contre les institués, la seconde contre les donataires. Justinien limita singulièrement le domaine de la *querela inofficiosi testamenti*, il lui enleva pour ainsi dire tout objet, en ouvrant deux autres moyens contre les institués, à savoir l'action supplétoire et la pétition d'hérédité: l'action supplétoire remplace l'ancienne *querela* toutes les fois que le légitimaire ayant reçu quelque chose, ne demande qu'un complément de légitime⁽³¹⁾, et la pétition d'hérédité, comme nous le démontrerons ailleurs, doit être exercée par les descendants et ascendants alors qu'ils n'ont rien reçu du *decurjus*⁽³²⁾.

1° *De la pétition d'hérédité.* Elle appartient aux descendants ou ascendants du testateur qui n'ont rien reçu sur leur légitime; les frères et sœurs n'y participent point⁽³³⁾. Elle tend à obtenir toute la

(28) Nov. 92, c. 1, pr.

(29) FRANCKE, I. c. p. 313-316. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 482, *Ann.*, n° 1, 2°.

(30) L. 1, C. de inoffic. donat. 3, 29; L. un., C. de inoffic. dot. 3, 30.

(31) § 3, I. h. t.; L. 30, pr. et § 1, C. h. t.

(32) Nov. 113, c. 3, pr. initio, c. 4, pr., et c. 3, pr. — § 333, I, 1°, chn, avec § 334, 2° et 3°. — (33) Textes de la note précédente.

portion *ab intestat* et non simplement la légitime ; le motif en est que le testament qui néglige entièrement les descendants et ascendants, est atteint de nullité, il y a donc succession *ab intestat* ; on ne maintient dans le testament que les dispositions accessoires, n'affectant pas l'hérédité elle-même⁽⁵⁴⁾.

2° *De l'action supplétoire*. Elle est ouverte à tous les légitimaires qui ont reçu une légitime incomplète, dans le but de la faire compléter⁽⁵⁵⁾. C'est une action personnelle, et spécialement une *condictio ex lege* à cause du caractère légal de l'obligation poursuivie⁽⁵⁶⁾.

3° *De la plainte de testament inofficieux*. Dans le droit de Justinien elle n'est applicable qu'aux frères et sœurs germains ou consanguins n'ayant rien reçu du *decurus*. Ce n'est autre chose qu'une pétition d'hérédité, qui tend à obtenir toute la portion *ab intestat* après rescision préalable du testament (pétition d'hérédité qualifiée)⁽⁵⁷⁾. Comme elle n'avait pas été créée par la loi, mais par les juristes et la pratique des tribunaux, elle avait besoin d'un fondement civil ; faute de mieux, on lui donna une base assez artificielle. On partit du point de vue que puisque sans aucun motif, le testateur n'avait rien laissé à l'un de ses plus proches parents, son héritier présomptif *ab intestat*, il n'avait pas, lors de la confection de son testament, été entièrement sain d'esprit ; on supposa donc, sinon son aliénation mentale, laquelle aurait fait considérer le testament comme non existant, au moins une manière d'agir déraisonnable et contraire aux lois de la nature ; ainsi s'explique l'expression de testament inofficieux (*id est inofficiale, officio pietatis factum*) ; un prétexte de déraison (*color insanie*) devint *vel non* le fondement de la poursuite⁽⁵⁸⁾. Ce fondement ayant un caractère odieux, l'action fut jugée avec défaveur et entourée de restrictions diverses :

a) Elle était subsidiaire à toute autre voie de droit, ce qui explique son exclusion par les deux actions précédentes⁽⁵⁹⁾.

(54) Nov. 113, c. 3, § 14 i. f., et c. 4, § 9. — § 354, III i. f.

(55) § 3, I. h. t. ; L. 30, pr. et § 1, C. h. t. ; Nov. 113, c. 3, pr. initio.

(56) FRANCKE, l. c. p. 351-353. — Cf. MAYER, l. c. I, § 88, *Ann.* 11.

(57) L. 19 initio, L. 20 i. f., D. h. t. — (58) Pr., I. h. t. ; L. 1-3, D. h. t.

(59) § 3, I. h. t. ; Nov. 113, c. 3, § 14 i. f., et c. 3, pr. initio ; L. 8, § 9 et 13, D. h. t.

b) Elle était soumise à la courte prescription de cinq ans⁽⁴⁰⁾.

c) Elle était intransmissible aux héritiers du légitimaire, car elle repose plutôt sur une injure personnelle que sur un intérêt pécuniaire (*vindictam spirat*)⁽⁴¹⁾.

d) Le légitimaire alléguant l'insanité d'esprit du testateur, était tenu de la prouver; en d'autres termes, il avait à établir l'absence de toute cause d'indignité en sa personne⁽⁴²⁾.

e) Le demandeur qui succombait à la plainte, devenait indigne vis-à-vis de la succession du testateur⁽⁴³⁾.

4^e De la plainte de donation inofficieuse (*C. de inofficiosis donationibus* 3, 29). Tout légitimaire peut recourir à cette action; mais il faut, avec la grande majorité des auteurs, tenir pour constant que la poursuite n'a pour objet qu'une simple réduction des donations jusqu'à concurrence de la légitime et non leur rescision complète; en effet, il est de principe qu'un acte juridique ne doit être rescindé qu'en tant que de besoin⁽⁴⁴⁾. Pour le surplus, la plainte de donation inofficieuse est analogue à la plainte de testament inofficieux: elle repose sur la même base, comme l'atteste déjà son nom, et présente les mêmes particularités⁽⁴⁵⁾.

(40) L. 8, § 17, L. 9, D. h. t.; L. 16, L. 34 i. f., L. 56, § 2, C. h. t.

(41) Cf. L. 6, § 2, L. 7, D. h. t.; L. 34, C. h. t.

(42) L. 5, L. 5, D. h. t.; L. 28, C. h. t.; Cf. § 5, I. h. t.

(43) L. 8, § 14, cf. L. 22, § 1-5, D. h. t.

(44) L. 2, L. 7-8, C. h. t.; L. un., C. de inoff. dot. 3, 50; Nov. 92, c. 1; Cf. L. 87, § 3, D. de leg. 2^o, 51, et L. 4, C. de contr. emt. 4, 58, ebn. avec Vatic. fragm. 295. — Voyez en ce sens FRANCKE, l. c. p. 521-555. — MAYER, l. c. I, § 108, Ann. 8. — ROSSHIRT, l. c. I, p. 105-105. — THIBAUT, *System* II, § 565, d. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 689, I, 5^o. — PUCHTA, *Pand.* § 485. — NAMER, *Institutes* II, § 555, C. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 482, Ann., n^o II. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 586 i. f. et note 15. — Contra ZIMMERN, *Römisch-rechtliche Untersuchungen* p. 158 sq. (1821). — HILLE, *De immo-dicorum donationum querela*, Marbourg, 1828, p. 41 sq. — MEJER, in *Schweppes R. P. R. V.*, § 971, B. — (45) L. 9, C. h. t. — Voyez une autre différence dans les lois 6 et 7, C. h. t.

§ 554. *De la succession nécessaire formelle d'après la novelle 113.*HEUMANN. *Zeitschrift für Zivilrecht und Process* XVII, p. 161 sq. (1842).SCHMIDT (Ad.). *Das formelle Recht der Notherben* p. 151 sq. Leipzig, 1862.

1° *Des sujets.* Les ayant-droit sont les descendants et ascendants du testateur dans l'ordre où ils sont appelés à la succession *ab intestat*; des frères et sœurs il n'est pas question(1).

2° *De l'objet de la succession nécessaire.* Justinien ne se propose pas dans sa novelle d'accorder aux descendants et ascendants une légitime qui leur appartenait déjà auparavant : d'un côté, le testateur se conforme à la novelle, lorsqu'il institue le descendant ou l'ascendant pour une portion héréditaire inférieure à la légitime(2); et d'un autre côté, la novelle est violée dès que l'institution d'héritier fait défaut, peu importe que le descendant ou l'ascendant ait reçu sa légitime(3). Le but de Justinien est d'assurer au descendant ou à l'ascendant le bénéfice de l'institution comme héritier direct; c'est qu'à Rome l'institution était un honneur, et l'exhérédation d'un descendant ou d'un ascendant un déshonneur pour ce dernier(4). La novelle n'autorise l'exhérédation que pour de justes motifs; le testateur a l'obligation de les insérer dans son testament, sous peine de voir considérer l'exhérédation comme nulle, alors même qu'en définitive elle reposerait sur une cause légitime(5); l'empereur détermine ensuite les causes d'indignité, et son énumération est de stricte interprétation, car le législateur seul est admis à créer des indignités(6). Ces causes sont au nombre de quatorze pour les descendants, ce sont surtout l'attentat à la vie, les violences corporelles et les injures graves(7); il y en a huit pour les ascendants, parmi elles figurent l'attentat à la vie et l'abandon pendant l'aliénation mentale ou la captivité(8). Conformément aux principes généraux, c'est à l'institué à établir

(1) Nov. 113, c. 3, pr., et c. 4, pr.

(2) c. 3, pr., *vis Si vero..... expleatur.*(3) c. 3, pr., *vis Sancimus..... dederint.* — (4) c. 3, pr., c. 4, pr., et c. 5, pr.(5) c. 3, pr., *vis nisi forte..... scripserint*, et c. 4, pr., *vis nisi causas..... scripserint.* — (6) c. 3, pr. i. f. — (7) c. 3, § 1-14 initio. — (8) c. 4, § 1-8.

l'existence du motif d'exhérédation allégué par le testateur; l'indignité est une exception et ne se présume point⁽⁹⁾.

5° *Des effets de la succession nécessaire.* Le descendant ou l'ascendant dont le droit a été méconnu, peut demander la rescision du testament, et comme conséquence sa part *ab intestat*⁽¹⁰⁾; pour atteindre ce double but, il recourt à une pétition d'hérédité qualifiée (prétendue *querela nullitatis ex jure novo*)⁽¹¹⁾. Mais rien n'est plus controversé que la solution que nous venons de proposer, et dans l'état de nos sources, il n'y a guère d'espoir que la discussion soit à la veille de cesser; le système préconisé ci-dessus porte dans l'école le nom de *système de la nullité relative* du testament; on l'appellerait plus exactement *système de rescision*⁽¹²⁾. Nous en rencontrons déjà une modification importante, mais non une antithèse comme le pensent les auteurs, dans le *système d'innocuosité*: les partisans de ce système, tout en se prononçant pour la simple rescision du testament, donnent ouverture à la *querela inofficiosi testamenti* avec ses nombreuses particularités⁽¹³⁾. A notre théorie s'oppose plus directement celle de la *nullité absolue* du testament: on y enseigne que le testament est inexistant ou nul dès le principe⁽¹⁴⁾. Dans tous les cas,

(9) c. 5, § 14, *vis Itaque*..... *jubemus*, et c. 4, § 9, *vis Si igitur*..... *præcipimus*.

(10) Nov. 113, c. 5, § 14 i. f., et c. 4 initio. — (11) Cf. T. II, § 552, III, A, 1^o.

(12) WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 591, note 15. — Les principaux défenseurs de notre théorie sont: BLUNTSCHLI, I. c. § 25-26. — WARNKOENIG, *Comment.* III, § 591, note 15. — FRANCKE, I. c. p. 566-587. — ROSSHIRT, I. c. I, § 50. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 638 initio, avec les notes 5^o, 4 et 3. — ARNDTS, I. c. p. 106-116, et *Lehrb.* § 599, *Ann.* — Cf. MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 690, et *Fortsetzung von Glück XXXVII*, p. 245-261. — MÜLLER, *Lehrb.* § 203, III, 5^o. — TEWES, I. c. § 159.

(13) VALETT, I. c. § 56. — HARTITZSCH, I. c. § 126. — MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 661, II, B, 2^o. — MAYER, I. c. I, § 104. — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 551, IV. — BRINZ, *Lehrb.* § 174, 5^o. — KOEPFEN, I. c. p. 160 sq. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 591.

(14) GOESCHEN, *Vorles.* III (2), § 865, 8^o, et § 865. — THIBAUT, *System* II, § 970, II. — HEUMANN, I. c. p. 164 sq. — VERING, I. c. p. 421 sq. — KELLER, *Pand.* § 521 i. f. — SIXTENS, *Civilrecht* III, § 198. — SCHMIDT, I. c. p. 172 sq. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 488, *Ann.* — Une autre opinion, jadis dominante mais aujourd'hui à peu près abandonnée (elle fut défendue par KONOPACK, *Lehrb. der Institut.* § 571 et 574, et par PUCHTA, *Pand.* § 495 i. f., et *Vorles.* II, *ent.*), regardait le testament comme rescindable par une pétition d'hérédité qualifiée ou par la plainte d'innocuosité, selon que la nouvelle 113 avait été violée formellement ou matériellement (système mixte).

d'après une disposition formelle de Justinien, la nullité du testament n'est pas complète, elle n'affecte que l'hérédité proprement dite; on maintient les dispositions testamentaires étrangères à l'hérédité⁽¹⁵⁾, les exhérédations régulières⁽¹⁶⁾, et les substitutions pupillaires⁽¹⁷⁾.

§ 553. *De la succession nécessaire dans le dernier état du droit romain.*

I. *Influence de la novelle 113.* 1^o Il est constant et universellement reconnu que la novelle 113 a laissé intact le système de la légitime; Justinien ne s'en occupe en aucune façon et par conséquent n'a pu vouloir y déroger. Seulement, la pétition d'hérédité a remplacé pour les descendants et ascendants la *querela inofficiosi testamenti*; la *querela* suppose que le descendant ou l'ascendant n'a rien reçu du testateur; or précisément dans ce cas, la novelle 113 lui ouvre la pétition d'hérédité, et celle-ci doit exclure la *querela* qui n'est qu'une action subsidiaire⁽¹⁾. De plus les causes d'indignité ont été légalement fixées; elles doivent être insérées dans le testament, et la preuve en incombe à l'institué⁽²⁾; comme par le passé, le disposant peut exhériter dans une bonne intention, bien qu'on l'ait contesté⁽³⁾.

(15) Nov. 113, c. 3, § 14 i. f., et c. 4, § 9 in medio.

(16) En ce sens MAYER, l. c. I, § 104, *Ann.* 3. — HEUMANN, l. c. p. 226 sq. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 638, note 3. — BLUNTSCHLI, l. c. p. 265 sq. — FRANCKE, l. c. p. 589. — MÜLLER, *Lehrb.* § 203, III, 5^o. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 391 et note 13. Contra MÜHLENBRUCH, l. c. XXXVII, p. 288, note 54^o. — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 331, IV. — ARNDTS, l. c. p. 132-135. — SCHMIDT, l. c. p. 181. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 485, *Ann.* initio.

(17) Arg. L. 54, § 2, D. de V. et P. S. 28, 6. — Pour : BLUNTSCHLI, l. c. p. 265 sq. — FRANCKE, l. c. p. 589. — THIBAUT, *System* II, § 970, II. — SEUFFERT, III, § 638 initio. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 391 et note 13. — Contra MÜHLENBRUCH, l. c. XXXVII, p. 286-288. — ARNDTS, l. c. p. 132. — SCHMIDT, l. c. p. 180 sq. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 485, *Ann.* initio.

(1) VANGEROW, *Lehrb.* II, § 486, *Ann.*, n^o II. — (2) T. II, § 554, II i. f.

(3) En ce sens HUNGER, l. c. § 84. — MÜHLENBRUCH, l. c. XXXVII, p. 394-432. — MAYER, l. c. I, § 107 i. f. et *Ann.* 7. — SIXTENS, *Civilrecht* III, § 197, *Ann.* 24. — SCHMIDT, l. c. p. 166-169. — ARNDTS, *Weiske's Rechtslexikon* III, p. 901-902, et *Lehrb.* § 603. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 389 i. f. — Contra USTERHOLZNER, *Civil Archiv* II, p. 32 sq. — BLUNTSCHLI, l. c. p. 255. — FRANCKE, l. c. p. 422-444.

2° Mais la novelle 113 a radicalement abrogé l'ancienne succession nécessaire formelle; si cette abrogation n'est pas prononcée d'une façon expresse par Justinien, elle n'en est pas moins une conséquence forcée de sa constitution. En effet, l'ancien droit imposait au père de famille qui n'instituait pas ses *liberi*, l'obligation de les exhériter dans une certaine forme; Justinien veut qu'il ne les exhérite que pour de justes motifs; il règle donc la même matière, et dès lors, en vertu des principes généraux, une abrogation tacite est évidente. D'ailleurs, la coexistence des deux systèmes produirait des contradictions nombreuses et flagrantes, et à chaque instant l'on verrait la constitution de Justinien méconnue et foulée aux pieds dans ses dispositions les plus positives: l'empereur déclare valable le testament qui exclut de la succession un *liber* indigne, sans exiger aucune condition spéciale⁽⁴⁾; il veut donc le maintien du testament, alors même que le *liber* n'aurait été exhérité que tacitement, que l'exhérédation n'aurait eu lieu que pour une partie de la succession, pour un seul degré, ou bien collectivement, le tout en opposition avec l'ancienne théorie de la succession nécessaire formelle⁽⁵⁾; ensuite Justinien veut le maintien des legs, des affranchissements et des donations de tuteur dans le testament qui viole sa novelle, et les *sui* pourraient faire tomber toutes ces dispositions en vertu des anciens principes⁽⁶⁾! Ces considérations expliquent la prédominance de plus en plus grande de notre système (*système dit de réforme*)⁽⁷⁾. Néanmoins, encore beaucoup d'auteurs modernes sont d'avis que la novelle 113 a laissé subsister l'ancienne succession nécessaire formelle, et que son but unique a été de réagir contre les exhéritations arbitraires, comme

(4) Nov. 113, c. 3, § 14 i. f., et c. 4, § 9 initio. — (5) Cf. T. II, § 552, II.

(6) Cf. T. II, § 552, III.

(7) BLUNTSCHLI, I. c. p. 245 sq. — FRANCKE, I. c. p. 554-566 et 597-404. — MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 661, II. — WENIG-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 499. — GOESCHEN, *Vorles.* III (2), § 861, 865, 1^o-6^o, et 994, I. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 658. — MÜLLER, *Lehrb.* § 203, I et III, 2^o, avec la note 3. — BRINZ, *Lehrb.* § 174, 2^o. — KELLER, *Pand.* § 521. — SIXTENS, *Civilrecht* III, § 195, *Ann.* I. — KOEPPEN, I. c. p. 162 sq. — TEWES, I. c. § 158. — ARNDTS, I. cit. p. 116-121, et *Lehrb.* § 598, *Ann.* — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 592.

contre celles dépourvues de l'ancienne forme (*système additionnel ou de correction*)⁽⁸⁾.

II. *Résumé.* 1^o Les descendants et ascendants ont droit à une légitime par la voie de l'institution d'héritier. S'ils n'ont pas reçu une légitime complète, tout en ayant été institués, il y a lieu à un supplément de légitime. Si en sens contraire ils ont obtenu leur légitime sans avoir été honorés d'une institution, ils peuvent réclamer leur part *ab intestat*, d'après le droit de la novelle 115. Enfin, à défaut de la légitime et de l'institution, s'ils ont reçu quelque chose, ils réclameront, soit un supplément, soit leur part *ab intestat* d'après la novelle; s'ils n'ont rien reçu, il y aura succession *ab intestat*, encore sur le fondement de la novelle.

2^o Quant aux frères et sœurs germains et consanguins, ils ont simplement droit à une légitime vis-à-vis d'institués déshonnêtes. Ils réclameront, suivant les circonstances, un supplément de légitime par l'action supplétoire ou leur part *ab intestat* au moyen de la *querela inofficiosi testamenti*.

§ 556. De quelques réserves spéciales.

Ces réserves spéciales sont celle de l'adrogé impubère et celle de la veuve pauvre et non dotée :

1^o L'adrogé impubère a d'abord droit, en qualité de descendant, à une légitime ordinaire dans la succession de l'adrogeant, s'il n'a pas été émancipé par ce dernier⁽¹⁾. Mais il peut aussi, s'il le trouve pré-

(8) WARNKÖNIG, *Comment.* III, n^o 1055. — MEIER, in Schweppe's R. P. R. V, § 961 et 972. — THIRIAIT, *System* II, § 970, I, et 971, II. — MAYER, I c. I, § 101. — ROSSHIRT, I. c. I, § 26-29, 31-34. — VERING, I. c. p. 424 sq. — SCHMIDT, I. c. p. 182 sq. — NAMUR, *Institutes* II, § 555. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 486, *Anm.*, n^o III. — Quelques auteurs, adoptant un moyen terme entre les deux opinions précédentes, sont d'avis que Justinien a voulu maintenir au moins les formes d'exhérédation de l'ancien droit civil, tandis que les anciennes voies de droit auraient été abrogées (MÜHLENBRUCH, *Fortsetzung von Glück XXXVII*, p. 192-212 ébn. avec p. 293-373. — HEUMANN, I. c. p. 244 sq. — PUCHTA, *Pand.* § 495 et note e; *Fortes.* II, § 495, 1^o); Heumann et Puchta veulent en même temps étendre les anciennes formes d'exhérédation à tous les descendants et aux ascendants.

(1) VANGEROW, *Lehrb.* I, § 252, *Anm.*, n^o 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 395 et note 5. — Contra FRANCKE, I. c. p. 474-475.

férable, réclamer comme légitime extraordinaire la quarte Antonine qui lui revient *ab intestat* (2), et cette légitime ne peut lui être enlevée par une émancipation arbitraire (3).

2° De son côté, la veuve pauvre et non dotée a reçu comme légitime sa part *ab intestat*, dont la quotité a été déterminée plus haut (4).

III. De l'infirmité du testament; § 357.

1. *quibus modis testamenta infirmantur* 2, 17;

D. *de injusto, rupto, irrito facto testamento* 28, 3.

I. DES DIVERSES CAUSES D'INFIRMATION DU TESTAMENT. Les Romains distinguent des *testamenta irrita* et des *testamenta rupta* (1); mais ils conviennent qu'à proprement parler on peut appeler *irritum* ou *ruptum* tout testament infirmé (2). Des *testamenta irrita* les modernes ont séparé les *testamenta destituta* (*vel deserta*) et les *testamenta rescissa*, et obtenu ainsi quatre catégories de testaments infirmés. Toute cette terminologie est arbitraire, nous la remplaçons par une autre : les causes d'infirmité des testaments sont relatives au testateur, à l'institué ou à un tiers.

A) *Des causes d'infirmité relatives au testateur*. Elles sont au nombre de deux, à savoir :

1° La perte de la capacité de droit, sans que cette capacité ait été recouvrée avant la mort (*testamentum irritum*) (3).

2° La révocation du testament (*testamentum ruptum*). Pour révoquer un testament, il ne suffit point de la simple manifestation d'une volonté contraire; la révocation doit se faire dans une certaine forme,

(2) § 3 i. f., l. de adopt. 1, 11; L. 13 initio, D. *si quid in fraud. patr. fact. sit* 38, 3; L. 2 in medio, C. de adopt. 8, 48. — Cf. T. II, § 307, I, B, 2°.

(3) § 3 i. f., l. cit.; L. 13 in medio, D. cit.; L. 2 in medio, C. cit.; Cf. L. 13 i. f., D. cit. — Voyez encore L. 8, § 13 i. f., D. de inoffic. testam. 3, 2; L. 2, § 1, D. fam. ercisc. 10, 2; L. 1, § 21 in medio, D. de collat. 37, 6.

(4) Nov. 33, c. 6, pr. et § 2, chn. avec Nov. 117, c. 3. — T. II, § 324, I, E, 2°. — Pour quelques autres réserves, voyez FRANCKE, l. c. § 33, 36, 39 et 40.

(1) ULPSEN, XXIII, 1; pr., l. h. t.; L. 1, D. h. t. — (2) GAJUS, II, 146; § 3, l. h. t.

(3) GAJUS, II, 143 et 147; ULPSEN, XXIII, 4 et 6; § 4 et 6, l. h. t. — T. II, § 327, II, 1°.

de même que le testament est un acte solennel⁽⁴⁾. L'on ne peut révoquer que par l'un des trois modes que voici :

a) Avant tout se présente la confection d'un nouveau testament, réunissant les diverses conditions requises pour sa validité⁽⁵⁾, peu importe au reste qu'il produise ou non de l'effet; car le premier testament a été anéanti au moment même de la confection du second⁽⁶⁾. D'après les principes du droit romain qui n'admettait pas qu'un seul individu pût laisser plusieurs testaments⁽⁷⁾, le second testament révoquait le premier d'une manière forcée, sans qu'on eût à examiner l'intention de révoquer, et sans même qu'il fût au pouvoir du testateur de maintenir son premier testament à côté du second⁽⁸⁾. Mais l'ancien testament subsistait toujours comme codicille, et les dispositions qu'il renfermait valaient comme fidéicommiss, s'il n'y avait pas de révocation expresse ou tacite du premier testament ou bien de certaines de ses dispositions⁽⁹⁾; pour qu'il y ait révocation tacite, il doit exister une incompatibilité entre les dispositions des deux testaments. Plusieurs testaments portant la même date⁽¹⁰⁾ ou dont la date est incertaine⁽¹¹⁾, sont réputés ne former qu'un testament unique.

b) Un testament écrit peut être révoqué par la destruction ou l'altération volontaires⁽¹²⁾ de l'écrit qui le contient⁽¹³⁾. Cette voie

(4) § 7 initio, I. h. t.; THÉOPHILE, *cod.*

(5) GAIUS, II, 144 initio; ULPIN, XXIII, 2 initio; § 2 initio et 7, I. h. t.; L. 7, D. de lib. et posth. 28, 2; L. 1 in medio, L. 2 initio, L. 11, D. h. t.; L. 27 in medio, C. de testam. 6, 25; L. 35 initio, L. 100, D. de R. J. 50, 17.

(6) GAIUS, II, 144; § 2, I. h. t.; L. 3, § 4, L. 16, D. h. t.; L. 34 initio, D. de hered. instit. 28, 3; L. 56, § 4, D. de testam. mil. 29, 1; Voyez cependant L. 11, § 2 i. f., D. de B. P. s. t. 57, 11.

(7) Arg. L. 19, pr., D. de testam. mil. 29, 1, *vbi militi licet decedere*.

(8) L. 12, § 1 initio, D. h. t.

(9) § 3, I. h. t.; L. 12, § 1 i. f., D. h. t.; L. 29, D. ad actum Trebell. 56, 1.

(10) L. 1, § 6, D. de B. P. s. t. 57, 11.

(11) MÜHLENBRUCH, *Fortsetzung von Glück XXXVIII*, p. 486-487. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 363 i. f. — CONTR VANGEROW, *Lehrb.* II, § 460, *Anm.*, n° II, 3°.

(12) L. 20, D. h. t.; L. 1, pr., § 1-3, D. de his, quæ in testam. del. 28, 4; L. 1, § 3, 10 et 11, D. de B. P. s. t. 57, 11; L. 50, C. de testam. 6, 25.

(13) L. 1, § 10, L. 2, § 7, L. 8, § 3, D. de B. P. s. t. 57, 11; L. 1, § 8, D. si tab. testam.

sert aussi à révoquer quelques-unes des dispositions testamentaires (14).

c) Un dernier mode de révocation consiste dans une déclaration faite par le testateur en justice ou devant trois témoins, pourvu que le testament ait dix ans de date (15). Avant Justinien ce délai faisait de plein droit tomber le testament (16).

B) *Des causes d'infirmité relatives à l'institué (testamentum destitutum vel desertum)*. Ces causes dont l'examen trouve sa place ailleurs, sont :

1^o La mort de l'institué avant l'ouverture de la succession, ou même, en l'absence d'une transmission, entre l'ouverture et l'acquisition de l'hérédité (17).

2^o Son incapacité lors de l'ouverture ou entre l'ouverture et l'acquisition de la succession (18).

3^o Son indignité (19).

4^o Sa renonciation (20).

C) *Des causes d'infirmité relatives à un tiers*. A cette classe appartiennent la rescision du testament à la demande d'un successeur nécessaire (21) (*testamentum rescissum*), et, dans l'ancienne succession nécessaire formelle, le *testamentum ruptum*, infirmé de plein droit, *agnatione vel quasi agnatione posthumi* (22).

II. DES EFFETS DE L'INFIRMITÉ DU TESTAMENT. En principe, l'infirmité du testament l'anéantit d'une façon complète, car elle l'affecte dans son ensemble ou dans son élément essentiel, l'institution d'héritier (25). Mais l'acte testamentaire est parfois maintenu comme

nullae extab., unde lib. 58, 6; L. 50 in medio, C. de testam. 6, 25; Cf. L. 4, D. de his, que in testam. del. 28, 4.

(14) L. 2-5, D. eod. — (15) L. 27, C. de testam. 6, 25.

(16) L. 6, C. Théod. de testam. 4, 4. — Voyez encore L. 2 i. f., D. h. t., L. 21, § 5, C. de testam. 6, 25 (Nov. de Théodose II, tit. 16, § 7; VANGEROW, *Lehrb.* II, § 400, *Anw.*, n^o II, 1^o), puis L. 11, § 2, D. de B. P. s. t. 57, 11 (T. II, § 527, II, 1^o).

(17) T. II, § 518, I, A, et § 519, I, A. — (18) T. II, § 518, I, B, 1^o et 2^o.

(19) T. II, § 518, II. — (20) *Infra* § 538.

(21) T. II, § 555, III, B, 1^o et 5^o; § 554, 5^o, et § 555, I, 1^o et II.

(22) T. II, § 552, III cbn. avec I, A, 1^o; cf. § 553, I, 2^o.

(25) L. 181, D. de R. J. 50, 17; L. 5, § 2, D. de jure codic. 29, 7.

codicille, soit pour le tout⁽²⁴⁾, soit pour certaines de ses dispositions⁽²⁵⁾.

IV. De l'exécution du testament ; § 557^{bis}.

I. *Preuve du testament.* Pour qu'il puisse être question de l'exécution du testament, il faut qu'au préalable son existence soit établie. Cette preuve varie selon que le testament est écrit ou oral :

1° S'il est écrit, point de difficulté, quand il est en même temps public⁽¹⁾ ; quand il est privé, les sceaux et les signatures des témoins doivent être reconnus par les témoins encore en vie⁽²⁾, et subsidiairement leur authenticité doit être constatée par la comparaison d'autres pièces⁽³⁾. En cas de perte fortuite de l'acte testamentaire, il y a lieu de prouver sa confection régulière et son contenu.

2° S'il s'agit d'un testament oral, ces deux mêmes points ont besoin d'être certifiés par les témoins testamentaires, et à leur défaut par d'autres moyens de preuve, pour autant qu'il en existe.

Afin de permettre aux parties intéressées de fournir la preuve qui leur incombe, elles ont le droit de réclamer l'exhibition du testament contre celui qui le détient, au moyen de l'interdit de *tabulis exhibendis*⁽⁴⁾.

II. *Ouverture du testament écrit* (D. 29, 5, et C. 6, 52, *testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur*). Lorsque la mort du testateur est constatée⁽⁵⁾, le détenteur du testament doit, le plus tôt possible⁽⁶⁾, en informer l'autorité pour que celle-ci procède à l'ouverture du testament ; ainsi l'ordonna sous Auguste la

(24) § 3, l. h. t. ; L. 12, § 1 i. f., D. h. t. ; L. 29, D. *ad actum Trebell.* 56, 1 (l. A, 2°, a du présent paragraphe).

(25) Nov. 113, c. 3, § 14 i. f., et c. 4, § 9 in medio (T. II, § 354, 3° i. f.). — L. 1, pr., et § 13, L. 24, pr., L. 28, § 1, L. 29, D. *si quis omissa causa testam. ab intestato, v. alio modo possid. hered.* 29, 4 ; L. 1-3, C. *si omissa sit causa testam.* 6, 59.

(1) Nov. 73, c. 7, § 1-2.

(2) L. 3, § 9, D. *de tab. exhib.* 43, 3. — (3) Nov. 73, c. 7, pr.

(4) L. 1, pr., § 1-4, L. 3, § 10, 16 et 17, cf. § 11-13, D. *de tab. exhib.* 43, 3 ; L. 2, § 8, L. 3, D. *testam. quemadm. aper.* 29, 5 ; L. un., C. *de tab. exhib.* 8, 7.

(5) L. 2, § 4, D. h. t. — (6) PAUL, IV, 6, § 5 ; L. 2, § 7, D. h. t.

loi *Julia vicesimaria*, qui frappa les libéralités testamentaires d'un impôt de cinq pour cent⁽⁷⁾. L'autorité invite alors les témoins à venir reconnaître leurs sceaux et leurs signatures⁽⁸⁾, après quoi on ouvre⁽⁹⁾ et on lit⁽¹⁰⁾ le testament; la lecture achevée, le testament est refermé et déposé dans les archives du tribunal⁽¹¹⁾; tout intéressé peut en demander copie⁽¹²⁾.

III. *Des exécuteurs testamentaires.* Une ou plusieurs personnes peuvent être chargées de l'exécution d'un testament par le disposant, par les parties intéressées, par le tribunal⁽¹³⁾ ou par la loi⁽¹⁴⁾; mais des exécuteurs testamentaires choisis par le disposant ou par les parties n'étaient guère connus des Romains⁽¹⁵⁾. En principe et sauf dérogation, l'exécuteur testamentaire a pour mission de faire inventaire, et de veiller à l'exécution des legs et des charges, mais il reste étranger à l'administration des biens héréditaires⁽¹⁶⁾; il répond de toute faute.

(7) DIOX CASSIUS, LV, 24.

(8) L. 4-3, cf. L. 6-7, D. *h. t.* — Le sénatus-consulte Silanien du règne d'Auguste, complété sous Néron par le sénatus-consulte Néruien ou Claudien, ordonnait, en cas de mort violente du testateur, d'interroger ses esclaves et de les mettre à la question avant l'ouverture du testament, pour que les esclaves ne connaissant pas l'institué ne l'épargnassent point (PAUL, III, 3; D. *de senatusconsulto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur* 20, 3; C. *de his, quib. ut ind. hered. aufer., et ad senatusconsultum Silanianum* 6, 53). — (9) PAUL, IV, 6, § 1 initio et 2 initio, cf. § 2°.

(10) PAUL, IV, 6, § 1 in medio et 2 in medio; Cf. L. 8, D. *h. t.*; L. 3, C. *h. t.*; L. 2, § 6, D. *h. t.* — (11) PAUL, IV, 6, § 1 i. f. et 2 i. f.

(12) PAUL, IV, 6, § 1 in medio; L. 1, pr. et § 4, cf. L. 2, § 3, D. *h. t.*

(15) L. 5, D. *de ultim. leg.* 34, 1, *vbi solent (judices) et unum eligere*.

(14) L. 28, § 1 i. f., 2-3, D. *de episc. et cler.* 1, 3.

(13) Voyez cependant L. 17, pr., D. *de leg.* 2°, 51, L. 8, D. *de ultim. leg.* 34, 1, et pour le droit post-justinien, la Nov. 68 de Léon VI.

(16) L. 9, pr., D. *de ultim. leg.* 34, 1; Cf. L. 49, § 2-4, C. *de episc. et cler.* 1, 5.

SECTION III. — DE LA FIN DE LA DÉLATION DE L'HÉRÉDITÉ.

§ 538. *Des causes qui font cesser cette délation.*

Une hérédité déjà déferée peut cesser de l'être pour quatre causes différentes ; ce sont le décès de l'appelé en dehors d'un cas de transmission⁽¹⁾, son incapacité⁽²⁾, son indignité⁽³⁾ et sa renonciation. Nous n'avons plus à parler que de la renonciation.

I. de *heredum qualitate et differentia* 2, 19 ; D. de *acquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2 ; C. de *repudianda vel abstinenda hereditate* 6, 51.

I. *Principes sur la matière.* On peut renoncer à une hérédité par une manifestation quelconque de volonté, expresse ou tacite⁽⁴⁾ ; les jurisconsultes romains désignent respectivement ces deux modes de renonciation par les expressions *repudiare hereditatem* et *omittere hereditatem*⁽⁵⁾ ; la renonciation tacite résulte d'actes de l'appelé qui n'ont de sens raisonnable que si on les interprète comme une répudiation de l'hérédité⁽⁶⁾. Les conditions d'une renonciation valable étant analogues à celles de l'acceptation, d'après l'adage *ejus est nolle qui velle potest*⁽⁷⁾, nous nous référons pour ce point à la dernière théorie⁽⁸⁾. Faite dans les conditions requises, la renonciation exclut irrévocablement de l'hérédité et en rend impossible l'acquisition ultérieure, car la succession a été aussitôt déferée à d'autres⁽⁹⁾ ; mais il peut y avoir lieu à la restitution en entier contre la renonciation⁽¹⁰⁾, pour cause de minorité ou de violence morale⁽¹¹⁾, et à

(1) T. II, § 519, I, A. — (2) T. II, § 518, I, B, 2°. — (3) T. II, § 518, II.

(4) PAUL, IV, 4, § 1 ; § 7 i. f., I. h. t. ; L. 93, D. h. t.

(5) L. 24, § 2 initio, D. de *minor.* 4, 4 ; L. 1, § 4 i. f., D. ut in *possess. legat.* 56, 4.

(6) GAIUS, II, 166 i. f. ; L. 17, § 1 in medio, L. 60, L. 77, D. h. t.

(7) L. 4, L. 18, D. h. t. ; L. 5, L. 174, § 1, D. de *R. J.* 50, 17.

(8) L. 15, pr., § 1-2, L. 13, L. 17, § 1 i. f., L. 23, L. 94, D. h. t. ; L. 3, C. h. t. — *Infra* § 540, II, 1°, 2°, 4°, cf. 5°.

(9) L. 4, C. h. t. ; L. 1, § 6, D. de *success. ed.* 58, 9 — Voyez cependant L. 17, § 1 initio, D. h. t.

(10) L. 2, C. si *minor ab hered. se abstiu.* 2, 59 ; L. 1-2, C. si *ut oniss. heredit.* 2, 40 ; L. 6 i. f., C. h. t. — (11) L. 21, § 6, D. quod *metus causa* 4, 2.

l'action de dol contre celui qui aurait employé des manœuvres frauduleuses pour nous déterminer à renoncer (12).

II. *Des héritiers dits nécessaires.* On appelle ainsi d'un côté les enfants placés sous la puissance du *deujus* à l'époque de sa mort⁽¹⁵⁾ avec la femme *in manu*⁽¹⁴⁾, que le lien de puissance soit ou non immédiat⁽¹⁵⁾, ce sont les héritiers *siens et nécessaires*⁽¹⁶⁾, et d'un autre côté les esclaves institués par leur maître et demeurés sous sa puissance jusqu'à sa mort⁽¹⁷⁾, ils sont simplement héritiers *nécessaires*⁽¹⁸⁾. A ces deux classes d'héritiers s'opposent les héritiers volontaires, nommés aussi héritiers externes (*heredes extranei*) parce qu'ils ne font pas partie de la *familia* du *deujus*⁽¹⁹⁾. D'après le droit civil, les héritiers dits nécessaires acquéraient effectivement la succession d'une manière forcée, à l'instant même de son ouverture, et avec toutes ses charges⁽²⁰⁾; mais le prêteur vint à leur secours par des bénéfices :

1° D'abord il assimila absolument aux héritiers externes les enfants sous puissance, et en fit de véritables héritiers volontaires, en leur accordant le bénéfice d'abstention⁽²¹⁾. Sans doute l'enfant qui use de ce bénéfice, demeure toujours héritier civil, cette qualité il l'a acquise dès le moment de l'ouverture de la succession, et elle est indestructible⁽²²⁾; mais au point de vue du droit prétorien, il y a renonciation à la succession, et la délation de la *bonorum possessio*

(12) Arg. L. 40, D. de dolo malo 4, 5.

(15) GAÏUS, II, 136 initio et 161 in medio; *Collatio* XVI, 5, § 5 initio, cf. § 7; § 2 initio et § 5 in medio, I. h. t. — (14) GAÏUS, III, 5 initio; *Collatio* XVI, 2, § 5 initio.

(15) L. 6, § 5-6, D. h. t. — Non obstant GAÏUS, II, 156 i. f., III, 2 i. f. et 3 i. f., *Collatio* XVI, 2, § 2 i. f. et 3 i. f., § 2 in medio, I. h. t. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 497, ad T. 2.

(16) GAÏUS, II, 136 initio ebn. avec 152; § 2 initio ebn. avec pr., I. h. t.

(17) GAÏUS, II, 135 initio et 161 i. f.; § 1 initio et 3 i. f., I. h. t.; § 1, I. de hered. instit. 2, 14.

(18) GAÏUS, II, 135 initio ebn. avec 152; § 1 initio ebn. avec pr., I. h. t.

(19) GAÏUS, II, 135, 161 initio et 162; pr., § 3 initio et 5 initio, I. h. t.

(20) GAÏUS, II, 135 i. f., 154 et 157; ULPIN, XXII, 24 initio; *Collatio* XVI, 5, § 6 initio; § 1 initio et 2 in medio, I. h. t.; L. 11, D. de lib. et posth. 28, 2.

(21) GAÏUS, II, 158; *Collatio* XVI, 5, § 6 i. f.; § 2 i. f., I. h. t.

(22) L. 50, § 10 i. f., D. de fideic. libert. 40, 5.

poursuit son cours⁽²³⁾; aussi la théorie tout entière du bénéfice d'abstention n'est-elle autre que celle de la renonciation⁽²⁴⁾.

2^e Quant aux esclaves institués héritiers par leur maître, la dérogation au droit civil est moins radicale. L'esclave ne jouit point du bénéfice d'abstention⁽²⁵⁾; il demeure donc héritier, et il n'y a pas de délation ultérieure de la *bonorum possessio*; les biens héréditaires sont vendus au nom de l'esclave⁽²⁶⁾. Mais celui-ci peut, au moyen du bénéfice de séparation des patrimoines, exiger que les biens de son maître soient séparés des acquisitions personnelles qu'il pourrait faire dans la suite, de manière à soustraire ces acquisitions à l'action des créanciers héréditaires; en usant de ce droit, il devient matériellement étranger à la succession pour l'actif et pour le passif⁽²⁷⁾.

§ 339. Du sort de l'hérédité non recueillie par un premier appelé.

Lorsqu'il s'agit d'un institué qui fait défaut, sa part est successivement déférée, pour autant qu'il y a lieu, à son substitué⁽¹⁾, aux coïnstitués en vertu du droit d'accroissement, enfin aux héritiers *ab intestat*. De même la part d'un héritier légitime défaillant est déférée à ses cohéritiers par droit d'accroissement, et à leur défaut aux héritiers *ab intestat* subséquents. La part d'un héritier indigne fait exception à ces règles : elle est généralement acquise au fisc⁽²⁾. Dans le présent paragraphe nous n'avons plus à parler que de l'accroissement.

C. de caducis tollendis 6, 51.

BAUMEISTER. *Das Anwachsungsrecht unter Miterben nach römischem Rechte*. Tübingen, 1829.

MAYER. *Das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen* p. 1-84. Tübingen, 1833.

(23) L. 12, pr. i. f., D. de interrog. in jure 11, 1; L. 89, D. de leg. 1^{re}, 50; GAIUS, II, 158 i. f.; § 2 i. f., l. h. t.

(24) GAIUS, II, 163; § 3, l. h. t.; L. 11, L. 57, pr. et § 1, L. 71, § 4, L. 91, D. h. t.; L. 7, § 3 initio et i. f., D. de minor. 4, 4; L. 1-3, C. h. t.; Voyez toutefois L. 6, C. h. t. — Infra § 358, l. ebn. avec § 340. — (25) Ulpén, XXII, 24 i. f.; L. 57, § 2, D. h. t.

(26) GAIUS, II, 154 ebn. avec 153; § 1, l. h. t.

(27) GAIUS, II, 153; § 1 i. f., l. h. t.; L. 1, § 18, D. de separ. 42, 6; Cf. L. 7, § 3 in medio, D. de minor. 4, 4.

(1) T. II, § 329, I. — (2) T. II, § 318, II.

WITTE. *Weiske's Rechtslexikon* I, p. 270-315 (1839).

MÜHLENBRUCH. *Fortsetzung der Glückschen Kommentars* XLIII, p. 245-567 (1843).

MACHELARD. *De l'accroissement entre cohéritiers et colégataires* p. 1-13, 93-163, 171-278 et 282-312. Paris, 1860.

DWORZAK. *Beiträge zur Lehre vom jus accrescendi*, Vienne, 1861.

GLANSON. *Du droit d'accroissement entre cohéritiers et entre colégataires* p. 1-78. Strasbourg, 1862.

I. *Notion et historique.* L'accroissement entre cohéritiers est le droit en vertu duquel, lorsqu'un héritier fait défaut, sa part est acquise à ses cohéritiers. L'accroissement fonctionna librement pendant toute la période républicaine. Mais, sous l'empire, la loi Julia et Papia Poppaea ne le maintint, comme *jus antiquum in caducis*, que pour la succession légitime et dans deux cas de succession testamentaire, à savoir, en considération de la personne, en faveur des descendants et ascendants du testateur⁽⁵⁾, et, à raison de la nature de la disposition, lorsqu'une institution d'héritier était nulle dès le principe, sans doute par une interprétation restrictive de la loi qui avait employé le mot *caducum* (de *cadere*, tomber)⁽⁴⁾. Sauf ces deux cas, la loi Julia et Papia Poppaea transforma l'ancien droit d'accroissement entre héritiers testamentaires en un système de récompense pour la paternité, système qui fut appelé *caducorum vindicatio*, parce que le plus souvent on réclamait la portion caduque par une pétition d'hérédité⁽³⁾.

1° Les parts héréditaires caduques profitaient aux cohéritiers et aux légataires qui étaient mariés et pères⁽⁶⁾. Les cohéritiers passaient avant les légataires⁽⁷⁾, et parmi les cohéritiers on appelait en premier lieu ceux qui étaient institués dans la même disposition que le défaillant, soit pour une portion identique (conjointes *re et verbis*), soit pour des quotes-parts distinctes (conjointes *verbis tantum*)⁽⁸⁾.

(5) Mais pas au delà du troisième degré : ULPEN, XVIII ebn. avec XVII, 2 i. f.; L. un., pr. i. f., C. h. t. — Voyez encore L. 31, D. de legib. 1, 3.

(4) ULPEN, XVII, 1 initio; Arg. L. un., § 3, C. h. t.

(5) GAUS, II, 207 initio; *Fragm. de jure fisci* 3 i. f.

(6) GAUS, II, 206 i. f. et 207 initio. — (7) GAUS, II, 207 initio.

(8) GAUS, II, 207 i. f.; L. 89 i. f., D. de leg. 3°, 32, ebn. avec L. 142, D. de V. S. 30, 16, et L. 89 initio, D. cit.

Faute de cohéritiers et de légataires *patres*, la part caduque était acquise au trésor public, originairement à l'*aerarium*, et depuis Caracalla au fisc⁽⁹⁾; nous découvrons ici le côté fiscal du nouveau système.

2° L'acquisition d'une portion héréditaire caduque étant une faveur devait être facultative; on était libre de la répudier⁽¹⁰⁾; la part caduque devenait ainsi une libéralité distincte de la part propre, et par conséquent, si on voulait en profiter, on devait l'accepter telle quelle, avec toutes les charges que le testateur y avait imposées⁽¹¹⁾. Il y a plus : une conjonction objective par rapport à une seule et même portion héréditaire était devenue juridiquement impossible, il n'y avait plus qu'une conjonction verbale, et voilà pourquoi on avait attaché une préférence à cette dernière⁽¹²⁾. Le système caducaire fut abrogé par Honorius et Théodose II en ce qui concerne la préférence des *patres*⁽¹³⁾, et d'une manière complète par Justinien qui rétablit dans sa plénitude l'ancien droit d'accroissement entre cohéritiers⁽¹⁴⁾.

II. *Théorie de l'accroissement entre cohéritiers*. Cet accroissement se fonde sur ce que l'héritier représentant la personne du défunt, est naturellement appelé à la succession tout entière; la présence de cohéritiers avec un titre égal est seule capable de limiter son droit; à leur défaut il doit obtenir le tout : *solo concursu partes fiunt, cessante concursu partes cessant*⁽¹⁵⁾. Envisagé à ce point de vue, l'accroissement entre cohéritiers ne constitue pas véritablement une acquisition nouvelle, mais un simple développement de l'institution personnelle; la part qui accroit n'est qu'un accessoire, une dépendance de la part originaire. De là dérivent les règles suivantes :

1° L'accroissement est forcé pour l'héritier qui est arrivé à la succession pour sa part propre, car il est censé n'acquérir rien de nouveau⁽¹⁶⁾. L'accroissement étant forcé devait aussi avoir lieu de

(9) Ulpien, XVII, 2; Cf. Gaius, II, 283 i. l.

(10) Arg. *fragm. de jure fisci* 3, v^o *sane si*. — (11) Ulpien, XVII, 3.

(12) Voyez notre ACCROISSEMENT n^{os} 138-144.

(13) L. 1, C. *de jure liber.* 8, 59 (L. 5, C. Théod. *cod.* 8, 17); Nov. 78, c. 5 in medio.

(14) L. un., pr. et § 14, C. *h. t.* — (15) L. 51, L. 53, § 1, D. *de A. v. O. H.* 29, 2.

(16) L. 53, pr., L. 53, § 1, D. *cod.*; L. un., § 10, C. *h. t.*, v^o *Et hoc nolentibus*. *statutum est*.

plein droit, en dehors de toute déclaration de volonté et même à l'insu du cohéritier; une acceptation n'a de sens que si une répudiation est possible⁽¹⁷⁾. L'ancienne jurisprudence admettait en outre que l'accroissement d'une part héréditaire opérait sans les charges qui y avaient été imposées; c'était une conséquence logique de l'idée qu'il n'y avait pas d'acquisition nouvelle⁽¹⁸⁾; mais comme ce résultat était peu conforme à la volonté du testateur, après que la constitution de Septime-Sévère et de Caracalla eut obligé le substitué à reconnaître les charges imposées à l'institué, la jurisprudence étendit la même règle à l'accroissement entre cohéritiers⁽¹⁹⁾.

2° La circonstance qu'au moment où un héritier fait défaut, son cohéritier est décédé, ne forme point obstacle à l'accroissement; celui-ci opère alors au profit des héritiers du cohéritier décédé; en effet, en transmettant à ses héritiers ses droits à la succession ouverte à son profit, il leur a transmis virtuellement son droit aux portions de cette succession qui pourraient encore devenir vacantes⁽²⁰⁾. Par voie d'analogie, la vente de droits héréditaires⁽²¹⁾ ou le fidéicommiss universel⁽²²⁾ comprend les portions de la succession qui accroissent à la portion vendue ou fidéicommissaire, sauf la preuve d'une volonté contraire des parties ou du testateur⁽²³⁾.

3° Lorsqu'il y a plusieurs cohéritiers du défaillant, pour déterminer leurs droits respectifs sur la part vacante, on suit le principe que la succession entière se partage comme si le défaillant n'y avait jamais été appelé. L'application de ce principe ne soulève pas de

(17) L. 51, L. 55, § 1, D. de A. v. O. H. 29, 2. — (18) L. 29, § 2, D. de leg. 2^o, 51.

(19) L. 74, D. de leg. 1^o, 50; L. 61, § 1, D. de leg. 2^o, 51; L. un., § 10, C. h. t., v^o *cum suo gravamine... cum suo veniat onere... cum suo onere*. — Il en est ainsi alors même que l'institution du cohéritier défaillant était inexistante : en ce sens FRANCKE, *Beiträge* p. 123-127. — WITTE, l. c. p. 311, 2^o. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 605, note 12, ebn. avec § 644, note 15.

(20) § 4, l. de acto Orphit. 3, 4; L. 9, D. de suis et legit. hered. 58, 16; L. un., § 10, C. h. t., v^o *etiamsi jam defuncti sunt*. — (21) Arg. L. 2, § 4 et 2, D. de H. v. A. V. 18, 4.

(22) Arg. L. 96, D. de leg. 3^o, 52.

(23) Arg. L. 2, § 2 i. f., D. de H. v. A. V. 18, 4. — Ce point est extrêmement discuté; voyez en notre sens VANGEROW, *Lehrb.* II, § 494, *Anm.*, nos 3-6, et BRAUN, *Lehrb.* § 196, p. 828-829.

difficulté dans la succession *ab intestat*(24), ni même dans la succession testamentaire quand tous les cohéritiers sont appelés à des portions héréditaires distinctes de celle du défailant(25) ou que tous sont en conjonction réelle avec lui pour l'ensemble de la succession(26). Reste le cas où certains cohéritiers de l'institué défailant sont conjoints avec lui pour la même portion héréditaire, d'autres ne l'étant pas. Alors l'accroissement n'a lieu qu'au profit des *reconjuncti*; en effet, comme le défailant doit être réputé non institué, la conséquence naturelle en est que ses cohéritiers *reconjuncti* pour une certaine portion se partagent à eux seuls cette portion(27); la fraction vacante leur profite ainsi en proportion de leurs fractions originaires(28). Si parmi les *reconjuncti* il y en a qui le sont *re et verbis* et d'autres *re tantum*, les premiers profitent seuls de la défillance, comme seuls ils eussent profité de la non-institution(29). La conjonction réelle donne donc lieu à un accroissement privilégié, et la conjonction mixte l'emporte encore sur la conjonction simplement réelle. Observons pour l'intelligence de nos sources, que les expressions *conjunctim instituere* et *disjunctim instituere* servent à désigner respectivement l'existence et l'absence d'une conjonction réelle, sans égard à la conjonction verbale(30), précisément parce que la première seule a une influence directe sur l'accroissement entre coïnstitués(31). Mais ce dernier point

(24) L. 12, pr., D. de B. P. c. t. 57, 4; L. 1, § 12, D. de conjung. cum emanc. lib. ejus 37, 8.

(25) L. 39, § 3, L. 65 i. f., L. 66, D. de hered. instit. 28, 3; L. un., § 10, C. h. t., vis *In his itaque. acquiratur.* — (26) L. un., § 10, C. h. t., vis *citib.*

(27) L. 20, § 2, L. 65 initio, D. de hered. instit. 28, 3; L. un., § 10, C. h. t., vis *Sin vero quidam. quæ ad eos pervenit*; Contra L. 17, § 1-2, D. de hered. instit. 28, 3. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 604, 1^o, et note 4. — Cf. VANGEROW, *Lehrb.* II, § 496, *Ann.* 3, n^o IV.

(28) L. un., § 10, C. h. t., vis *Sin autem ex his. pro portione hereditatis perveniat.*

(29) Arg. L. un., § 10, C. h. t., vis *Sin vero quidam. quæ ad eos pervenit.* — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 496, *Ann.* 3, n^o III. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 604, 1^o in medio.

(30) Arg. L. 13, pr., D. de hered. instit. 28, 3; L. 142 i. f., D. de V. S. 50, 16. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 496, *Ann.* 2 i. f.

(31) L. 39, § 3, D. de hered. instit. 28, 3; *Non obstant* L. 66, D. cod., et L. un., § 10, C. h. t.

est aussi controversé que possible⁽⁵²⁾. Non-seulement plusieurs interprètes ont soutenu qu'un accroissement privilégié devait appartenir aux *verbis tantum conjuncti*, tout au moins dans la législation de Justinien⁽⁵³⁾, mais en outre l'accroissement privilégié que nous accordons aux *re tantum conjuncti*, a trouvé des contradicteurs parmi les partisans⁽⁵⁴⁾ et parmi les adversaires⁽⁵⁵⁾ des *verbis tantum conjuncti*; de là, à côté des auteurs qui comme nous s'en tiennent à la conjonction réelle, des défenseurs de toute espèce de conjonction, de la conjonction verbale et de la conjonction mixte. Ces diverses doctrines divergentes se réfutent par cette simple considération que si on efface dans le testament la disposition conçue au profit d'un institué défaillant qui a des cohéritiers conjoints de toutes les façons, et que l'on partage ensuite la succession, ce partage procure un accroissement de part aux conjoints *re et verbis* ou *re tantum*, mais non aux conjoints *verbis tantum*. Aussi l'opinion que nous défendons prévaut-elle de plus en plus.

(52) En notre sens voyez MEYER, in Schweppe's *R. P. R.* V, § 879 in medio. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 515 i. f. — GOESCHEN, *Vorles.* III (2), § 972. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 789, et l. c. p. 512 sq. — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 569 in medio. — PUCHTA, *Pand.* § 505 et note d; *Vorles.* II, § 505, 1^o. — DE FRESQUET, *Traité élém. de D. R.* I, p. 417-418. — MACHELARD, l. c. p. 287-503. — BRINZ, *Lehrb.* § 196, p. 850. — KELLER, *Pand.* § 486, 2^o, et note 5. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 205, *Ann.* 14. — DWORZAK, l. c. p. 42 sq. — VERING, l. c. p. 524 sq. — GLASSON, l. c. p. 48-54, p. 69-70. — TEWES, l. c. II, p. 86 sq. — NAMUR, *Institutes* II, § 548, 5^o. — MÜLLER, *Lehrb.* § 210, 2^o initio et i. f. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 496, *Ann.* 5, n^o II. — LARICKE, *Institutes* I, n^o 1102-1105. — ARNDTS, *Lehrb.* § 518. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 604, 1^o, et note 2.

(53) RUDORFF, *Zeitschrift für geschichtl. R. W.* VI, p. 426 sq. (1828). — BAUMEISTER, l. c. § 22-25. — HUNGER, l. c. p. 506 sq. — MAYER, *Anwachsungsrecht* p. 225-228, et *Erbrecht* I, § 29. — WITTE, l. c. I, p. 511-515.

(54) Ce sont RUDORFF, MAYER et WITTE.

(55) VALETT, *Lehrb.* III, § 1089. — MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 699, 2^o, b. — THIBAUT, *System* II, § 995, 2^o, et *Braun's Erörter.* p. 765 sq. — ROSSHIRT, l. c. II, § 165. — SEIFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 595 i. f.

CHAPITRE III. -- DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

I. de *heredum qualitate et differentia* 2, 19;D. de *acquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2;C. de *jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate* 6, 30.DOERING. *Die Lehre von der Erwerbung der Erbschaft nach heutigem römischen Rechte.*
Zerbst, 1839.

SECTION I. — NOTION ET CONDITIONS DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

§ 340. *Droit civil.*

I. *Notion de l'acquisition de l'hérédité civile.* En général on n'acquiert l'hérédité civile que par un acte d'acceptation⁽¹⁾; seuls les enfants sous puissance et les esclaves institués par leur maître deviennent héritiers de plein droit au moment de l'ouverture de la succession, en dehors d'une acceptation préalable et même à leur insu⁽²⁾; mais, en usant plus tard des bénéfices d'abstention ou de séparation des patrimoines, ils se rendent matériellement étrangers à la succession⁽³⁾. L'acceptation d'une hérédité se fait par une manifestation quelconque de volonté⁽⁴⁾; elle peut être soit expresse soit tacite, ou, d'après la terminologie si précise des juristes romains, consister dans une *hereditatis aditio* ou dans une *pro herede gestio*⁽⁵⁾; l'acceptation tacite de la succession résulte en effet d'actes d'héritier ou de propriétaire de la succession⁽⁶⁾; tels sont les actes de disposition⁽⁷⁾ et même les actes d'administration posés par l'appelé pour son compte personnel et non pour le compte de la succession⁽⁸⁾. Anciennement la règle précitée admettait une importante exception lorsque l'héritier avait été institué par le mot *cernito* (*cernere, scilicet*

(1) GAUS, II, 162; § 5 initio, I. h. t. — (2) L. 14, D. de *suix et legit. hered.* 38, 16.

(3) T. II, § 338, II. — (4) GAUS, II, 167 initio; § 7 initio, I. h. t.; L. 6 initio, C. h. t.

(5) GAUS, II, 162; § 5 initio et § 7 initio, I. h. t.; L. 23, § 7, L. 69, D. h. t.

(6) ULPEN, XXII, 26 initio; § 7 in medio, I. h. t.

(7) ULPEN, XXII, 26 in medio; § 7 in medio, I. h. t.

(8) ULPEN, XXII, 26 i. f.; § 7 in medio, I. h. t.; L. 20, pr., § 1, 3 et 5, L. 21, pr. et § 1, L. 24, L. 62, pr., L. 86, § 2, L. 87, pr., L. 88, D. h. t.; L. 1-2, L. 6, L. 12, C. h. t.

hereditatem, reconnaître la succession)⁽⁹⁾ : alors il devait accepter la succession en termes solennels (*adco cernoque*)⁽¹⁰⁾, et endéans le délai fixé par le testament et qui était d'habitude de cent jours⁽¹¹⁾. Suivant la volonté du testateur, le délai courait d'une façon continue depuis le décès (*cretio* continue), ou bien utilement, c'est-à-dire qu'on ne comptait que les jours où l'institué, après avoir acquis connaissance de l'institution, avait pu faire l'adition sacramentelle ; comme ce second cas formait la règle, on l'appela *cretio* vulgaire⁽¹²⁾. La *cretio* fut abolie par les empereurs Arcadius, Honorius et Théodose II⁽¹³⁾.

II. *Conditions de l'acceptation de l'hérédité civile.* Ces conditions sont multiples ; si l'une d'elles fait défaut, l'acceptation est nulle et ne rend pas héritier.

1^{re} L'hérédité doit être actuellement déférée à l'acceptant, sinon l'acceptation manque d'objet⁽¹⁴⁾. L'acceptant a également besoin de connaître d'une façon positive sa vocation ; tout doute sur sa réalité annule l'acceptation, car celle-ci étant un acte de la volonté exige l'intention positive d'accepter la succession⁽¹⁵⁾. Pour le même motif, toute erreur essentielle au sujet de la délation fait considérer l'acceptation comme non avenue⁽¹⁶⁾.

2^o L'hérédité doit être acceptée telle qu'elle est déférée ; la nature des choses s'oppose à ce qu'il puisse dépendre d'une personne appelée à un droit de changer le titre de sa vocation⁽¹⁷⁾. En conséquence

(9) GAÏUS, II, 164-165 ; ULPÏEN, XXII, 27. — (10) GAÏUS, II, 166 ; ULPÏEN, XXII, 28.

(11) GAÏUS, II, 164, 166 et 170 ; ULPÏEN, XXII, 27 ; Cf. GAÏUS, II, 168, et ULPÏEN, XXII, 50.

(12) GAÏUS, II, 171-175 ; ULPÏEN, XXII, 51-52. — Voyez encore GAÏUS, II, 174 et 177 ebn. avec 176 ; ULPÏEN, XXII, 54 initio ebn. avec 55.

(15) L. 8, C. Théod. de mat. bon. 8, 18 (L. 17, C. J. h. t.) ; Cf. ULPÏEN, XXII, 54 i. f.

(14) L. 5, L. 21, § 2, L. 27, L. 81, D. h. t. ; Cf. L. 9, C. qui adm. ad bon. poss. poss. 6, 9.

(15) L. 76, D. de R. J. 50, 17 ; L. 19, L. 50, § 1, 2, 5 initio et 4, L. 52, § 1-2, L. 54, pr., L. 95, pr., D. h. t. ; L. 21, D. de condit. 53, 1 ; L. 12, D. de Carb. ed. 57, 10. — Cf. L. 84, D. h. t. ; L. 5, § 1, D. si pars hered. pet. 5, 4.

(16) L. 76, D. de R. J. 50, 17 ; L. 13-16, L. 17, pr., L. 22, L. 50, § 3 i. f. et 3 i. f., L. 52, pr., L. 75, D. h. t. — Cf. L. 55, L. 54, § 1, D. h. t. — Voyez sur les deux points VANGEROW, *Lehrb.* II, § 498, *Ann.*

(17) Cf. L. 22, L. 31, pr., D. h. t., ebn. avec les notes 15 et 16.

l'acceptation conditionnelle est réputée non avenue⁽¹⁸⁾. Par contre, l'acceptation partielle vaut comme acceptation totale; elle n'empêche pas en effet l'acceptant d'arriver à l'hérédité, et l'on y arrive nécessairement pour le tout⁽¹⁹⁾; mais lorsque celui à qui une succession est échue, décède avant d'avoir pris parti en laissant plusieurs héritiers auxquels il transmet son droit, rien n'empêche ces héritiers d'accepter ou de répudier chacun pour leur quote-part dans la succession de leur auteur⁽²⁰⁾.

5° L'acceptant doit être capable de s'obliger, afin de pouvoir se soumettre aux charges héréditaires⁽²¹⁾; le prodigue fait exception à la règle⁽²²⁾. L'incapable de s'obliger n'accepte valablement la succession qu'avec l'assistance de son tuteur ou de son curateur ou bien sur l'ordre de son chef de famille⁽²³⁾; s'il ne peut faire une telle adition faite de volonté, ce qui arrive s'il est une personne juridique, un enfant de moins de sept ans ou une personne atteinte d'aliénation mentale, le droit civil permet à l'administrateur de l'être moral⁽²⁴⁾, au père de famille de l'enfant⁽²⁵⁾ ou du fou⁽²⁶⁾, ainsi qu'au tuteur de l'enfant⁽²⁷⁾ d'accepter la succession à la place de l'incapable et pour son compte; mais ni le curateur d'un fou⁽²⁸⁾, ni le représentant d'aucun autre incapable⁽²⁹⁾ ne jouissent de la même faculté. Au reste, l'on peut acquérir l'hérédité civile en personne ou par un mandataire⁽³⁰⁾, bien que la plupart des auteurs soient d'un avis opposé⁽³¹⁾.

(18) L. 51, § 2, D. h. t.; L. 77 initio, D. de R. J. 50, 17.

(19) L. 1-2, L. 10, L. 55, pr., L. 80, pr. et § 1, D. h. t.; L. 20, C. h. t.

(20) Arg. L. 58, pr., D. de leg. 1^o, 50.

(21) L. 8, L. 65 initio, D. h. t.; Cf. § 7 i. f., I. h. t.; L. 5, pr., D. h. t.

(22) L. 5, § 1, D. h. t. — T. I, § 66, 2^o.

(23) L. 8-9, D. h. t.; L. 5 initio, L. 18, § 4, C. h. t.

(24) L. 6, § 4, D. ad actum Trebell. 56, 1; Cf. L. un., § 1 in medio, D. de libert. univ. 58, 5. — (25) L. 18, pr., C. h. t. — (26) L. 7, pr., C. de enr. fur. 5, 70.

(27) L. 18, § 2, C. h. t. — (28) Voyez toutefois infra § 541, 2^o.

(29) L. 90, pr., D. h. t.; L. 5 i. f., C. h. t. — Cf. § 541, 2^o.

(30) Arg. L. 4, C. h. t., et L. 12, C. h. t., ebn. avec L. 5, § 7 initio, D. de B. P. 57, 1. — En ce sens LEIST, *Bonorum possessio* II (2), p. 525 sq. — SISTENIS, *Civilrecht* III, § 185 i. f. et Ann. 28. — KOEPPEN, l. c. p. 586, note 8. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 396, 5^o, et note 11. — Cf. ARNDTS, *Lehrb.* § 508, Ann. 2.

(31) Arg. L. 63, pr., D. ad actum Trebell. 56, 1; L. 54, pr. initio, D. de A. R. D. 41, 1;

4° L'héritier doit se prononcer dans les trente ans après la déclaration de la succession; après trente ans ses droits héréditaires sont prescrits⁽⁵²⁾. Cette règle cesse si l'héritier a été institué sous la condition d'accepter dans un certain délai; l'expiration de ce délai l'écarte nécessairement de la succession⁽⁵³⁾. De même, si des créanciers héréditaires⁽⁵⁴⁾, des légataires⁽⁵⁵⁾ ou des héritiers subséquents⁽⁵⁶⁾ demandent que l'héritier prenne parti, l'héritier qui est encore dans les délais de l'inventaire⁽⁵⁷⁾, peut repousser le demandeur par une exception dilatoire pour le temps qui reste à courir⁽⁵⁸⁾; à l'expiration de ce temps, il est tenu de répondre à l'action comme héritier bénéficiaire⁽⁵⁹⁾. Quand les délais de l'inventaire sont déjà écoulés, l'héritier peut obtenir du juge un délai modéré⁽⁴⁰⁾, au maximum un an⁽⁴¹⁾, pour délibérer sur le parti à prendre par rapport à la succession⁽⁴²⁾; dans le cours de ce délai, il lui est permis de vérifier le contenu de la succession⁽⁴³⁾ et de poser des actes conservatoires⁽⁴⁴⁾, voire même de se nourrir aux frais de la succession, s'il est enfant du *decurus*⁽⁴⁵⁾; mais s'il laisse passer le délai sans se prononcer dans un sens ou dans l'autre, il est réputé acceptant ou renonçant selon l'intérêt du demandeur, car par son silence il se soumet tacite-

L. 90, pr., D. h. t., où l'on voudrait lire, avec Haloander et contrairement à la Florentine, *per procuratorem* (au lieu de *per curatorem*) *hereditatem acquiri non posse*. — En ce sens GOESCHEN, *Fortes*, III (2), § 954, 2°. — MAYER, l. c. I, § 118 et *Ann.* 8. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 702. — PUCHTA, *Pand.* § 497 et note f.; *Fortes*, II, § 497 i. f. — KELLER, *Pand.* § 350, 3°. — NAMUR, *Institutes* II, § 341, 3, 3°. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 498, ad T. 2.

(52) L. 3, pr. initio, C. de *præscr.* 50 v. 40 ann. 7, 59; L. 3 i. f., C. de *edicto divi Hadr. toll.* 7, 55; Cf. GAUS, II, 167 in medio. — (53) L. 72, D. h. t.

(54) GAUS, II, 167 i. f.; L. 25, § 2, D. de *hered. instit.* 28, 5.

(55) Arg. L. 52, § 1, D. h. t. — Contra BRINZ, *Lehrb.* § 195, p. 814-815.

(56) Arg. du même texte. — Contra BRINZ, l. c. p. 813-816, et en partie PUCHTA, *Pand.* § 498, 5°; *Fortes*, II, § 498, 2°, c.

(57) L. 22, § 2 initio et 3, C. h. t. — *Infra* 342, II, A, 1°. — (58) L. 22, § 11, C. h. t.

(59) L. 22, § 4, C. h. t.; Nov. 1, c. 2, § 1. — Cf. *infra* § 342, II, A, 2°.

(40) L. 9 i. f., C. h. t.; L. 1, § 1-2, D. de *jure delib.* 28, 8.

(41) L. 22, § 15, C. h. t.; Cf. L. 2, D. de *jure delib.* 28, 8.

(42) GAUS, II, 167 i. f.; L. 5, D. de *interrog. in jure* 11, 1; L. 9 i. f., C. h. t.

(43) L. 3, pr., D. de *jure delib.* 28, 8; L. 28, D. h. t.

(44) L. 3, § 1, L. 6, cf. L. 7, D. de *jure delib.* 28, 8. — (45) L. 9, D. *cod.*

ment à l'action dirigée contre lui⁽⁴⁶⁾. Lorsque l'héritier arrive à la succession, la circonstance qu'il a obtenu un délai pour délibérer, ne lui assure aucun avantage particulier⁽⁴⁷⁾; s'il répudie sans avoir fait inventaire, les créanciers et les légataires sont garantis contre les soustractions qu'il aurait pu commettre, par le droit de fixer sous la foi du serment la valeur de la masse héréditaire, jusqu'à concurrence d'un maximum déterminé par le juge⁽⁴⁸⁾. Ajoutons que les bénéfices d'inventaire et de délibérer s'excluent mutuellement, car en recourant à l'un, on renonce virtuellement à l'autre⁽⁴⁹⁾.

§ 541. Droit prétorien.

1. de bonorum possessionibus 5, 9; D. eodem 57, 1;

C. qui admitti ad bonorum possessionem possunt, et intra quod tempus 6, 9.

La théorie prétorienne est la même que celle du droit civil (1), à part les différences suivantes :

1° Plus sévère que l'hérédité, la *bonorum possessio* ne s'acquiert jamais que par un acte judiciaire appelé *agnitio bonorum possessionis* (2), et endéans un bref délai compté utilement (3); ce délai est en général de cent jours, évidemment par analogie de la *cretio*; il est porté à un an pour les descendants et ascendants du *decurjus* (4). A l'époque classique, on ne pouvait obtenir la *bonorum possessio* que par l'emploi de termes solennels et devant le préteur ou le gouver-

(46) L. 22, § 14, C. h. t. — En ce sens GOESCHEN, *Vortr.* III (2), § 953 i. f. — THIBAUT, *System* II, § 875 i. f. — PUCHTA, *Pand.* § 498. — KELLER, *Pand.* § 355 i. f. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 184, *Ann.* 4 i. f. — NAMUR, *Institutes* II, § 544, 2°. — ARNDTS, *Lehrb.* § 509, 2° et 3°. — Pour d'autres, l'héritier est acceptant dans tous les cas : MÜHLENBRECH, *Fortsetzung von Glück* XLI, p. 591 sq., et WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 598, 2° i. f., et note 7.

(47) L. 22, § 14, C. h. t., *vis et si non intra datum tempus. minime utatur.*

(48) L. 22, § 14, C. h. t., *vis Quodsi post deliberationem recusaverit.*

(49) L. 22, § 14, C. h. t. — Voyez encore L. 56, § 1, C. de *inoffic. testam.* 3, 28.

(1) L. 7, § 1, L. 9, D. h. t.; L. 2, D. de B. P. *fur. inf. . . compet.* 57, 5.

(2) L. 3, § 4, L. 6, pr. i. f., D. h. t.; Cf. L. 5, § 3, D. h. t.; L. 4, C. *nude legit. et unde cogn.* 6, 15.

(3) ULPEN, XXVIII, 10; § 8 et 10, l. h. t.; L. 2, § 1-2, D. *quis ordo in poss. serv.* 58, 15. — (4) ULPEN, XXVIII, 10; § 9, l. h. t.

neur de province⁽⁵⁾ ; mais l'empereur Constance, fils de Constantin I^{er}, permit de l'acquérir au moyen de termes quelconques et devant tout juge ou magistrat municipal⁽⁶⁾. Ordinairement la *bonorum possessio* s'obtenait *de plano*⁽⁷⁾ ; néanmoins, quand il s'agissait d'une *bonorum possessio* qui s'écartait du droit commun, l'on devait en faire la demande (*petitio*) devant le tribunal du magistrat ; celui-ci procédait à une enquête et accordait, s'il y avait lieu, la *bonorum possessio* par la voie d'un décret⁽⁸⁾ ; c'est pourquoi on distinguait une *bonorum possessio edictalis* et une *bonorum possessio decretalis*, l'une fondée sur l'édit, l'autre sur un décret du magistrat⁽⁹⁾.

2^o On peut acquérir la *bonorum possessio* non-seulement par un mandataire⁽¹⁰⁾, ou si on est incapable, par représentant dans les cas du droit civil⁽¹¹⁾, mais de plus on admit à la *bonorum possessio* le curateur d'un fou⁽¹²⁾ et le tuteur d'un impubère sorti de l'enfance⁽¹³⁾ ; toutefois la *bonorum possessio furiosi nomine* n'est que provisoire, elle est faite en attendant que le fou guérisse et accepte en personne, faute de quoi elle est réputée non avenue⁽¹⁴⁾.

SECTION II. — DES EFFETS DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

§ 542. Effets entre les héritiers et les tiers.

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX. Deux effets principaux résultent de l'acquisition de l'hérédité.

(5) THÉOPHILE, ad § 11 i. f., l. h. t. ; L. 1-2, C. *comm. de success.* 6, 59 ; Arg. L. 9 initio, C. h. t. — (6) § 11, l. h. t., et THÉOPHILE, *cod.* ; L. 9 initio, C. h. t.

(7) Arg. L. 2, § 1 initio, D. *quis ordo in poss. serv.* 58, 15.

(8) L. 5, § 8, D. h. t. ; L. 2, § 1 in medio, D. *quis ordo in poss. serv.* 58, 15. — Exemples dans L. 7, § 5, C. *de cur. fur.* 5, 70, et L. 50, § 1 i. f., D. *de A. v. O. H.* 29, 2.

(9) L. 1, § 7 initio, D. *de success. ed.* 58, 9, ebn. avec L. 1, § 4 i. f., D. *si tab. testam. nullæ extab., unde lib.* 58, 6.

(10) L. 5, § 7 initio, D. h. t. ; L. 48 initio, D. *de A. v. O. H.* 29, 2. — L. 5, § 7, D. h. t. ; L. 7, D. *rat. rem hab.* 46, 8 ; Cf. L. 48 i. f., D. *de A. v. O. H.* 29, 2 ; L. 16, D. h. t.

(11) L. 5, § 4, D. h. t. ; L. 18, pr. et § 2, C. *de jure delict.* 6, 50. — Cf. § 540, II, 5^o.

(12) L. 7, § 5 et 7, C. *de cur. fur.* 5, 70 ; Cf. L. 1, D. *de B. P. fur. coupet.* 57, 5.

(13) L. 7, § 1 i. f., L. 8, L. 11, D. h. t. ; L. 7 initio, C. h. t. — Cf. L. 7, C. *cit., vis Ipse autem pupillus*. — (14) L. 7, § 7 i. f. et 8, C. *de cur. fur.* 5, 70.

1° L'un, le plus important, consiste dans la représentation de la personne du défunt : l'héritier est censé ne former avec lui qu'une seule individualité⁽¹⁾. A ce titre l'héritier succède, activement et passivement, à tous les rapports juridiques dans lesquels se trouvait le *deujus*, peu importe que par leur nature ces rapports n'admettent pas de transmission d'une personne à une autre, car l'héritier n'est que la continuation de la personne de son auteur⁽²⁾; principalement, l'héritier est tenu des dettes de la succession, et il l'est comme son auteur d'une manière absolue, au delà de l'actif héréditaire, *ultra vires* (*hereditatis*)⁽³⁾; les seuls rapports qui ne passent pas à l'héritier, sont ceux attachés à l'individu physique comme tel⁽⁴⁾. Cette succession aux rapports juridiques de l'auteur donne lieu à une double confusion, à celle des patrimoines et à celle des obligations : en vertu de la première, tous les droits réels établis sur les biens du *deujus* au profit de l'héritier, ou réciproquement, viennent à s'éteindre, puisque personne ne peut avoir un droit réel sur sa propre chose⁽⁵⁾; en vertu de la seconde confusion, les créances et les dettes entre l'héritier et son auteur cessent d'exister, car nul ne peut être à la fois créancier et débiteur⁽⁶⁾. Remarquons encore que les actes de propriété posés par l'héritier ou par son auteur relativement aux biens l'un de l'autre se confirment. Les actes de propriété émanés du *deujus* par rapport aux biens de l'héritier sont validés par la raison que le *deujus* n'aurait pu évincer l'acquéreur ; or l'héritier succède aux obligations de son auteur⁽⁷⁾. De même, les actes émanés de

(1) Nov. 48, præf. i. f. — (2) L. 57 i. f., D. h. t.

(3) L. 8, pr. in medio, D. h. t.; L. 5, pr. i. f., D. de B. P. 37, 1; L. 119, D. de V. S. 50, 16; L. 10, C. h. t. — Les militaires font exception à la règle; ils ne sont jamais tenus qu'*intra vires*, en vertu d'un privilège personnel (L. 22, pr. in medio et § 13, C. h. t.).

(4) Pr. initio, I. Q. M. J. P. S. 1, 12; L. 1, D. de div. 24, 2. — § 5 initio, I. de usufr. 2, 4; L. 25, pr., L. 50, § 5, D. de A. v. A. P. 41, 2 (T. 1, § 85, II, B, 1^{re}). — T. 1, § 216, I i. f. — § 1, I. de perpet. et temp. action. 4, 12 (T. II, § 274, II, B.). — L. 7, pr., D. de except. 44, 1 (T. II, § 402^{bis}, II, 2^e).

(5) L. 1, D. quemadm. serv. amitt. 8, 6. — T. I, § 154, III, § 156, § 155, III, et § 170, III.

(6) L. 75, L. 95, § 2, D. de solut. 43, 5; L. 7 initio, C. de pact. 2, 5; L. 5, C. de action. hered. 4, 16. — T. I, § 203, I.

(7) L. 1, § 1, L. 5, § 1, D. de except. rei vend. 21, 5; L. 5 initio, C. de reb. al. non alien. 4, 51. — T. I, § 122, II, B, 2^e.

l'héritier par rapport aux biens du *decurus* deviennent inattaquables à cause de l'impossibilité d'une éviction ultérieure par un tiers propriétaire⁽⁸⁾.

2^e Le second effet que produit l'acquisition de l'hérédité, est d'astreindre l'héritier en vertu d'un quasi-contrat à exécuter, aussi *ultra vires*⁽⁹⁾, les charges que le *decurus* lui a imposées⁽¹⁰⁾. L'héritier peut être contraint à remplir lesdites charges, soit par un légataire appelé à en profiter⁽¹¹⁾, soit à défaut de légataire, par les cohéritiers⁽¹²⁾ ou par le tribunal; celui-ci peut le sommer de se conformer au testament⁽¹³⁾; s'il tarde de le faire pendant un an, il est privé de la succession comme indigne⁽¹⁴⁾.

II. MODIFICATIONS DE CES PRINCIPES. Ici se placent les importants bénéfices d'inventaire et de séparation des patrimoines.

A) *Du bénéfice d'inventaire*. C'est une création de Justinien et l'une de ses plus belles.

1^{er} Il suppose comme condition essentielle un inventaire fidèle et exact de la succession. L'inventaire doit comprendre tout l'actif héréditaire; l'héritier est obligé de certifier qu'il n'a rien déguisé⁽¹⁵⁾ et de tenir compte de ce qui a pu être omis⁽¹⁶⁾. Pour garantir la bonne confection de l'inventaire, il doit y être procédé devant un tabulaire et des témoins⁽¹⁷⁾, les légataires dûment convoqués⁽¹⁸⁾; l'inventaire a besoin d'être fait endéans les trois mois après que l'héritier a eu connaissance de la délation de la succession, et même le commencement de l'inventaire doit remonter au premier mois⁽¹⁹⁾; si les biens héréditaires sont situés en tout ou en majeure

(8) L. 72, D. de R. V. 6, 1; L. 2, D. de except. rei vend. 21, 3. — T. I, § 122, II, B.

(9) Nov. 1, c. 2, § 2.

(10) § 3, I. de oblig. quasi ex contr. 5, 27; L. 5, § 5, L. 4, D. quib. ex caus. in poss. cat. 42, 4; Cf. L. 3, § 2, D. de O. et A. 44, 7. — T. II, § 268, II, 2^o.

(11) L. 2, C. de his, quæ sub modo leg. s. fideic. relinq. 6, 43.

(12) L. 18, § 2, cf. L. 44, § 8, D. fam. erisc. 10, 2; Arg. L. 12, § 4 i. f., D. de relig. 11, 7. — (13) Nov. 1, c. 1, § 1 initio.

(14) Nov. 1, c. 1, et Authent. ad L. 32, C. de fideic. 6, 42. — (15) L. 22, § 2 i. f., C. h. t.

(16) L. 22, § 10 initio, cf. i. f., C. h. t. — (17) L. 22, § 2 in medio, C. h. t.

(18) Nov. 1, c. 2, § 1 initio, cf. i. f. — (19) L. 22, § 2 initio, C. h. t.

partie dans un lieu autre que le domicile de l'héritier, celui-ci a pour faire inventaire un an depuis la mort du *decurjus* (20).

2° Quant aux effets du bénéfice d'inventaire, l'héritier dit bénéficiaire est mis à l'abri de toute perte qui aurait pu résulter de l'acquisition pure et simple de la succession (21). Les effets généraux de cette acquisition se trouvent par là modifiés comme suit (22) :

a) L'héritier bénéficiaire n'est tenu des dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de l'actif (23), déduction faite des frais accessoires (24); aux légataires il ne doit que les trois quarts de l'actif net de la succession, en retenant pour lui la quarte Falcidie (25); si l'argent héréditaire est insuffisant, il doit vendre les autres biens de la succession ou les abandonner aux créanciers et légataires (26). Il est autorisé à payer les créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent sans devoir rechercher leur rang respectif (27), et même il lui est permis de payer les légataires sans s'enquérir s'il le fait aux dépens des créanciers (28); c'est aux créanciers à exercer un recours contre les légataires (29) et aux créanciers antérieurs à s'adresser aux créanciers postérieurs (30).

b) Les droits réels établis sur des biens du *decurjus* au profit de l'héritier ou réciproquement subsistent pour ou contre l'héritier, du moins quant aux biens abandonnés aux créanciers ou aux légataires (31).

c) Les obligations entre l'héritier et son auteur continuent de subsister à l'avantage de l'héritier ou de la succession : l'héritier créancier du *decurjus* se paye sur la succession (32); s'il est débiteur, il tient compte aux créanciers héréditaires de ce qu'il devait à son auteur (33).

(20) L. 22, § 5, C. h. t.

(21) L. 22, § 10 in medio, C. h. t. — Voyez aussi L. 22, § 11, C. h. t. (T. II, § 540, II, 4°). — (22) 1 du présent paragraphe. — (23) L. 22, § 4 initio et 7, C. h. t.

(24) L. 22, § 9 initio, C. h. t. — (25) L. 22, § 4 initio, C. h. t.; Nov. 1, c. 2, § 1.

(26) L. 22, § 6 initio et 4 i. f., C. h. t. — (27) L. 22, § 4 in medio, 7 et 8, C. h. t.

(28) L. 22, § 4 i. f., C. h. t. — (29) L. 22, § 6 et 8 i. f., C. h. t.

(30) L. 22, § 8 i. f., C. h. t.

(31) Arg. L. 22, § 9 et 10, *vis neque lucrum neque damnum*, C. h. t. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 606, note 14. — (32) L. 22, § 9 i. f., C. h. t.

(33) Arg. L. 22, § 10, C. h. t., *vis neque lucrum*.

d) Enfin, les actes de propriété posés par le *decurus* vis-à-vis des biens de l'héritier ne doivent être reconnus par l'héritier que pour autant que la perte qui en résulte se trouve compensée par un excédant de l'actif héréditaire (54).

B) *Du bénéfice de séparation des patrimoines.* (D. de *separationibus* 42, 6; C. de *bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis, et de separationibus bonorum* 7, 72). De même que le bénéfice d'inventaire a pour but de garantir l'héritier contre l'insolvabilité de la succession, celui de séparation des patrimoines qui remonte à l'édit prétorien, protège les créanciers de la succession et les légataires contre l'insolvabilité de l'héritier(55); les créanciers de l'héritier n'en jouissent point, par la raison que l'héritier lui-même est intéressé à faire inventaire, ce qui garantit pleinement ses créanciers (56).

1° Le bénéfice n'a lieu que pour les biens héréditaires qui n'ont pas été vendus par l'héritier(57), ni confondus avec ses biens propres(58); il manque d'objet pour les autres. Il vient complètement à cesser par la renonciation des ayant-droit(59), et cette renonciation résulte tacitement d'une inaction de cinq ans à partir de l'acquisition de l'hérédité(40). Par suite de ces questions de fait que soulève la séparation des patrimoines, on doit la demander en justice(41).

2° Le bénéfice de séparation des patrimoines a pour résultat d'affecter la succession par privilège à la garantie des séparatistes(42); les créanciers personnels de l'héritier n'ont droit qu'à l'excédant éventuel de la succession après que les séparatistes ont été intégralement satisfaits(43). Mais aussi, en demandant que la succession soit appliquée à leur profit, les séparatistes renoncent à toute action personnelle contre l'héritier pour le cas d'insuffisance de la succes-

(54) Arg. L. 22, § 10, C. h. t., *vis neque damnum*. — Sur notre bénéfice voyez HEIMBACH, *Weiske's Rechtslexikon* I, p. 909-917. — (55) L. 1, pr. et § 1, D. h. t.; L. 2 initio, C. h. t.

(56) L. 1, § 2 et 3 initio, cf. i. f., D. h. t.

(57) L. 2, D. h. t., voyez cependant les mots *utique si nulla fraudis incurrat suspicio*.

(58) L. 1, § 12, D. h. t. — (59) L. 1, § 10, 11 et 13, cf. L. 7, D. h. t.; L. 2 i. f., C. h. t.

(40) L. 1, § 13, D. h. t. — (41) L. 1, pr. et § 14, D. h. t.; L. 2 in medio, C. h. t.

(42) L. 1, § 1 i. f., cf. L. 1, § 16, L. 4, § 1, L. 6, pr., D. h. t.

(43) L. 1, § 17 initio, L. 3, § 2 i. f., L. 5, *vis Sed si..... heredis creditoribus*, D. h. t.

sion⁽⁴⁴⁾, y eût-il chez l'héritier un excédant de l'actif⁽⁴⁵⁾, sauf que la restitution en entier pour cause d'erreur peut leur donner droit à cet excédant⁽⁴⁶⁾.

§ 345. Effets entre cohéritiers.

Ces effets sont la communauté et le rapport.

I. DE LA COMMUNAUTÉ ENTRE COHÉRITIERS (D. 10, 2, et C. 3, 36, *familiæ erciscundæ*). Une hérédité qui échoit à plusieurs, devient commune entre eux; chacun acquiert un droit indivis proportionné à sa part héréditaire⁽¹⁾; cette communauté dite accidentelle (*communio incidens*) forme un quasi-contrat analogue à la société⁽²⁾. Mais la communauté ne comprend ni les droits réels indivisibles, qui appartiennent nécessairement pour le tout à chaque héritier⁽³⁾, ni les rapports obligatoires, qui, déjà en vertu d'une disposition de la loi des Douze tables, se divisaient de plein droit, activement ou passivement, entre les héritiers d'après leur part respective; chacun est aussitôt créancier ou débiteur partiel et séparé⁽⁴⁾. La raison bien simple de la dernière règle est que les obligations, à la différence des droits réels, n'ayant pas pour objet une chose corporelle, mais n'étant que des liens de droit personnels, ne comportent qu'une division intellectuelle; cette division opérée, il ne reste plus rien à partager; l'obligation est aussi divisée que possible, ce qui exclut toute communauté; au contraire, après le partage idéal du droit réel, il reste encore à faire la division physique de la chose corporelle sur laquelle se

(44) L. 1, § 17, D. h. t. — (45) L. 5, D. h. t.

(46) L. 1, § 17 i. f., L. 5, § 2, D. h. t. — En ce sens GÖRSCHEN, *Fortes*. III (2), § 959. — MAYER, l. c. I, § 125, *Ann.* 4. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 709, 5^e, et note 8. — KELLER, *Pand.* § 356, p. 1004. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 186 et *Ann.* 6. — CONTRA HEIMBACH, *Weiske's Rechtslexikon* I, p. 918, b, et WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 607, note 10.

(1) L. 1, pr., D. h. t.

(2) § 4 cbn. avec § 3, l. de oblig. quasi ex contr. 5, 27; § 4, l. de off. jud. 4, 17. — T. II, § 271, l. — (3) L. 4, pr., L. 14, § 1, l. 15, L. 16, pr., L. 29, D. h. t.

(4) L. 4, pr., L. 25, § 1, D. h. t.; L. 6, C. h. t.; L. 1, C. si certum pet. 4, 2; L. 2, C. de action. hered. 4, 16; L. 1, C. si unus ex plur. hered. 8, 52; L. 1, C. de exc. s. præscr. 8, 36.

trouve établi le droit réel⁽⁵⁾. Il est permis au testateur⁽⁶⁾, aux cohéritiers⁽⁷⁾ ou au juge saisi de l'action en partage⁽⁸⁾ de déroger à la division des obligations telle qu'elle s'opère sur le fondement de la loi; mais ces arrangements, valables entre les cohéritiers, sont dépourvus d'effet vis-à-vis des créanciers ou débiteurs héréditaires qui n'y sont pas intervenus⁽⁹⁾. Le testateur a même le pouvoir d'exclure complètement la communauté entre ses héritiers en faisant à l'avance le partage de sa succession⁽¹⁰⁾. S'il s'agit d'un partage d'ascendants entre descendants, il suffit à cette fin d'un simple écrit privé signé par l'ascendant ou par les descendants⁽¹¹⁾; dans le cas où tous les biens de la succession n'auraient pas été compris dans le partage, il y a lieu à un partage supplémentaire, en proportion des quotes-parts héréditaires de chacun⁽¹²⁾. Au reste le partage par testament oblige à garantie⁽¹³⁾, mais il ne peut être attaqué que pour atteinte portée à la légitime⁽¹⁴⁾.

II. DU RAPPORT (D. de collatione 57, 6; C. de collationibus 6, 20).

PFITZER. *Ueber die Collation der Deszendenten*. Stuttgart, 1807.

FRANCKE. *Zivilistische Abhandlungen* n° 4, p. 174-238. Göttingen, 1826.

ARNDTS. *Weiske's Rechtslexikon* III, p. 809-848 (1841).

FEIN. *Das Recht der Collation*. Heidelberg, 1842.

ZIMMERMANN. *Archiv für die zivilistische Praxis* LI, n° 20 (1868).

Le rapport (*collatio*, de *conferre*) dut son origine au droit de succession que le préteur accorda aux enfants émancipés : comme les enfants restés sous puissance n'avaient acquis que pour le père et partant pour la succession, il était juste que de leur côté les enfants émancipés fissent rapport à la succession des acquisitions faites pour leur compte personnel depuis l'émanci-

(5) Arg. L. 23, § 1, D. h. t. — HOLTIUS, *Themis* IX, p. 338-340.

(6) L. 20, § 3 initio et 3, D. h. t. — (7) L. 2, § 5, D. h. t.

(8) L. 3 initio, D. h. t.; L. 11, L. 14, D. de distract. pign. 20, 5.

(9) L. 20, § 3, D. h. t.; L. 69, § 2 initio, D. de leg. 1^{re}, 50. — L. 23-26, C. de pact. 2, 3. — L. 3, D. h. t. — (10) L. 10, C. h. t.

(11) L. 16, L. 21, L. 26, C. h. t.; Nov. 18, c. 7, et Authent. ad L. 26, C. cit; Nov. 107, c. 3; Cf. L. 26 i. f., C. cit. — (12) L. 52, D. h. t.

(13) L. 77, § 8, D. de leg. 2^o, 51; L. 53, D. h. t. — (14) Arg. L. 10, C. h. t.

pation et qui sans celle-ci seraient devenues patrimoine paternel⁽¹⁵⁾. Ce rapport perdit de son importance au fur et à mesure que les fils de famille devinrent capables d'avoir des biens en propre, et, sous Justinien, il a tout à fait disparu avec l'ancienne incapacité des enfants sous puissance⁽¹⁶⁾. Mais le prêteur avait également soumis au rapport la dot de la fille *sua*⁽¹⁷⁾; ce fut cette institution qui, étendue par les empereurs Léon I^{er}⁽¹⁸⁾ et Justinien⁽¹⁹⁾, donna lieu au rapport du droit nouveau. Il repose sur cette idée que l'héritier qui a reçu de son auteur une simple avance sur sa part héréditaire, doit, d'après la volonté du *decurjus*, en tenir compte à ses cohéritiers.

A) *Entre quelles personnes existe l'obligation du rapport?* 1^o Le droit romain n'oblige au rapport que les descendants⁽²⁰⁾, mais alors même qu'ils arrivent à la succession testamentaire, s'ils étaient héritiers présomptifs *ab intestat*; car la circonstance que le *decurjus* a fait un testament, ne prouve pas qu'il ait voulu leur laisser par précepte les libéralités qu'ils auraient dû rapporter *ab intestat*⁽²¹⁾. Les petits-enfants doivent rapporter à la succession de leur aïeul non-seulement en nom propre, mais aussi du chef de leur parent prédécédé⁽²²⁾, pourvu qu'ils lui aient succédé et profité ainsi de la chose donnée; en effet, il est de principe que si le descendant doit rapporter tout ce dont il s'est enrichi par la donation, il n'est pas tenu au delà⁽²³⁾; la condition du profit est cependant combattue par beaucoup d'auteurs⁽²⁴⁾.

(15) L. 1, pr., D. h. t.; L. 1, § 1, 5, 13, 18, 20 et 22, L. 2, § 7, L. 5, § 3-4, D. h. t.; L. 1, L. 6, C. h. t.

(16) WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 609 i. f. — Cf. VANGEROW, *Lehrb.* II, § 513, *Anm.* i. f.

(17) L. 1, pr., D. de dot. collat. 37, 7; L. 4, C. h. t. — (18) L. 17, C. h. t.

(19) L. 20, C. h. t.; Nov. 18, c. 6.

(20) L. 17-18, C. h. t.; Nov. 97, c. 6, § 2 i. f. — (21) Nov. 18, c. 6.

(22) L. 19, C. h. t. — Contra BRINZ, *Lehrb.* § 171, p. 727-751. — Cf. FEIN, l. c. § 60, p. 547-552.

(23) Arg. L. 20, C. h. t.; Non obstant L. 19, C. h. t., et Nov. 118, c. 1 in medio.

(24) Voyez en notre sens FRANCKE, l. c. p. 205 sq. et note 43. — VALETT, *Lehrb.* III, § 1079. — GOESCHEN, *Forles.* III (2), § 969, p. 476-477. — ROSSHIAT, l. c. II, § 162, II. — FEIN, l. c. § 61, p. 552-562. — MÜLLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 719 i. f. et note 14. — PECHTA, *Pand.* § 512, note e, et § 513 note a; *Forles.* II, § 512, 1^o i. f. — SKUFFERT, *Prakt. Pan-*

2° Le rapport est dû aux descendants arrivés à la succession⁽²⁵⁾, mais non à d'autres successibles, ni aux créanciers héréditaires et aux légataires⁽²⁶⁾.

B) *Que doit-on rapporter ?* L'obligation du rapport ne s'applique jamais qu'aux libéralités proprement dites, qui seules ont pu être considérées par le *decurus* comme imputables sur la part héréditaire⁽²⁷⁾. Encore toute libéralité n'est-elle pas sujette à rapport : elle doit avoir eu lieu entre-vifs, car on ne peut raisonnablement supposer que le *decurus* ait donné quelque chose à cause de mort dans l'intention de le faire rapporter à la masse⁽²⁸⁾; de plus, la libéralité doit consister dans une dot, une donation nuptiale, ou dans une avance pour l'achat d'une fonction vénale (*militia*) (donations dites qualifiées)⁽²⁹⁾; toute autre donation (donation simple) échappe au rapport, parce qu'elle n'a le plus souvent qu'une importance secondaire⁽³⁰⁾. Le *decurus* est naturellement libre de déroger à ces règles et d'ordonner le rapport d'une libéralité quelconque⁽³¹⁾, ce qui se présume parfois⁽³²⁾. Mais le rapport ne s'étend qu'aux choses données elles-mêmes; le donataire profite des fruits et intérêts jusqu'au jour

dektenrecht III, § 587 initio. — MÜLLER, *Lehrb.* § 211, 5°, a i. f. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 189 et *Ann.* 19. — TEWES, l. c. II, p. 148. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 316, *Ann.* 2, n° 1, 6°, a. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 610, 4°, et note 20. — Contra PRITZER, l. c. § 83 et 93. — WARNKOENIG, *Comment.* III, n° 1096 et note 3. — MEYER, in *Schweppe's R. P. R. V.*, § 863 i. f. — MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 696, note b. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 512, note kk. — THIBAUT, *System* II, § 885, et *Braun's Erörter.* p. 674. — MAYER, l. c. I, § 123, *Ann.* 3 i. f. — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 539, IV. — ARNDTS, *Lehrb.* § 528 et *Ann.* 6; l. c. p. 843-844. — (25) WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 610, 1°, et note 6.

(26) Cf. VANGEROW, *Lehrb.* II, § 316, *Ann.* 2, n° II, 2. — (27) L. 30, D. *fam. ercisc.* 10, 2.

(28) L. 1, § 19, D. *h. t.*; L. 10, L. 16, C. *h. t.* — Contra (seuls) : VALETT, *Lehrb.* III, § 1080 i. f., et WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 512 (§ 183, note d), éditions propres de l'auteur.

(29) L. 17, L. 20, pr., C. *h. t.*; Cf. L. 12 initio, C. *comm. utr. jud.* 3, 38. — Théoriquement il est impossible d'étendre la disposition sur la *militia* aux frais d'établissement des enfants; mais il peut y avoir dans l'avance de ces frais un prêt à rembourser à la succession comme une dette ordinaire (VANGEROW, *Lehrb.* II, § 316, *Ann.* 3 i. f. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 610, 5° i. f.)

(30) Arg. L. 20, § 1 cbn. avec pr., C. *h. t.*; Cf. L. 31, § 8, D. *de donat. inter V. et U.* 26, 1; L. 12, § 3 in medio, D. *de A. T.* 26, 7. — (31) L. 20, § 1 i. f., C. *h. t.*

(32) L. 20, § 1, C. cit.

de l'ouverture de la succession⁽⁵⁵⁾, et il doit lui être tenu compte de ses impenses comme dans la gestion d'affaires⁽⁵⁴⁾; d'autre part, il répond des diminutions de valeur survenues par sa faute⁽⁵³⁾.

C) *Comment s'effectue le rapport?* Le rapport a lieu en nature ou en moins prenant : l'un consiste à remettre effectivement dans la succession les choses reçues⁽⁵⁶⁾; l'autre s'opère par l'imputation sur la part héréditaire de la valeur de la libéralité sujette à rapport⁽⁵⁷⁾, d'après une estimation à faire à l'époque de la mort du *decurjus*⁽⁵⁸⁾. L'héritier a le choix de rapporter par celle de ces deux voies qu'il juge convenable; on ne saurait lui contester le droit de garder en nature un objet qu'il tient de la volonté formelle de son auteur; mais comme ce droit de rétention n'est établi qu'en sa faveur, il doit être autorisé à y renoncer⁽⁵⁹⁾. S'il y a doute sur l'existence ou sur l'étendue de l'obligation du rapport, l'héritier en fournissant caution obtient provisoirement toute sa part héréditaire⁽⁴⁰⁾.

D) *Quand l'obligation du rapport vient-elle à cesser?* Dans trois hypothèses :

1° Si le descendant avantagé n'arrive pas à la succession, car le rapport n'a d'autre but que d'empêcher un héritier de recueillir au delà de sa part⁽⁴¹⁾.

2° Si le *decurjus* l'a dispensé du rapport, celui-ci ayant pour unique fondement la volonté présumée du *decurjus*⁽⁴²⁾.

3° Par la perte fortuite de la chose reçue, comme toute obligation⁽⁴³⁾.

(55) L. 5, § 1, D. de dot. collat. 37, 7. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 610, 3^e, et note 22.

(54) Arg. L. 2, § 2 i. f., et L. 5, § 1 i. f., D. h. t. (T. II, § 269, II, A, 5^o); *Non obstant* L. 1, § 5 i. f., D. de dot. collat. 37, 7. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 610, 3^e, et note 25.

(53) Nov. 97, c. 6, pr. i. f.; *Non obstant* L. 1, § 23, L. 2, § 2, D. h. t. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 610, 3^e, et note 24.

(56) L. 1, § 11 initio, D. h. t. — (57) L. 1, § 12, D. h. t.; L. 5 i. f., C. h. t.

(58) L. 20, pr. in medio, C. h. t., cbn. avec L. 50, § 2 in medio, C. de inoffic. testam. 3, 28. — (59) Arg. L. 1, § 11 initio et 12, D. h. t.

(40) L. 1, § 11 i. f., D. h. t.; L. 1, § 9-10, L. 2, § 9, L. 5, § 1-5, D. h. t.

(41) L. 8-9, D. de dot. collat. 37, 7. — (42) Nov. 18, c. 6 i. f. — (43) L. 2, § 2, D. h. t.

§ 344. Des actions des héritiers contre les tiers.

Les héritiers font valoir leurs droits contre les tiers par la pétition d'hérédité et par divers moyens possessoires.

I. DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ (D. de *hereditatis petitione* 3, 3; C. de *petitione hereditatis* 3, 31).

FABRICIUS. *Rheinisches Museum* IV, p. 163-204 (1852).

ARNDT. *Beiträge* n° 1. Bonn, 1837, et *Weiske's Rechtslexikon* V, p. 207-258 (1844).

ZIMMERMANN. *Archiv für die civilistische Praxis* XXIX, p. 212 sq. et 434 sq. (1846).

FRANCKE. *Exegetisch-dôgmatischer Kommentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione*. Göttingen, 1864.

La pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) n'est que l'application à l'hérédité du principe de l'action revendicatoire⁽¹⁾. Aussi sa théorie est-elle très-généralement la même⁽²⁾; il suffira de noter ici les règles suivantes qui en forment des modifications :

A) Le demandeur est l'héritier, peu importe qu'il soit héritier civil ou prétorien⁽³⁾, direct ou fidéicommissaire⁽⁴⁾; la pétition d'hérédité se diversifie de la sorte en civile, prétorienne et fidéicommissaire. A l'héritier en titre est assimilé l'acheteur de ses droits, puisqu'il le remplace à tous égards; il a une pétition d'hérédité utile⁽⁵⁾. Le demandeur doit prouver sa qualité d'héritier, mais non son droit de propriété sur les objets déterminés qui se trouvent dans la succession; en effet, il soutient seulement qu'il est héritier et que comme tel il a droit à l'ensemble de la succession; or ce droit ne cède que devant la preuve fournie par le défendeur qu'il a lui-même le droit de garder la chose à un titre meilleur⁽⁶⁾.

B) Est défendeur à la pétition d'hérédité quiconque possède une chose corporelle ou bien un droit dépendant de la succession

(1) GAIUS, IV, 17; L. 8, D. h. t.; L. 19 i. f., D. de *inoffic. testam.* 3, 2.

(2) L. 11, C. h. t. — L. 9, L. 13, § 2, 13 et 14, L. 20, § 6, *vis Item eos quasi possiderent*, L. 23, § 2-10, L. 43, D. h. t.; L. 93, § 9, D. de *solut.* 46, 3. — D. *si pars hered. petatur* 3, 4. — L. 20, § 6, *vis Petitam autem censuerunt*, § 11 et 21, L. 31, § 3-3, L. 40, pr. et § 1 initio, L. 34, § 2, D. h. t.; L. 1, § 1 i. f., C. h. t. — T. 1, § 121-122.

(3) L. 1-2, D. de *possess. hered. petit.* 3, 3. — (4) L. 1-2, D. de *fideic. hered. petit.* 3, 6.

(5) L. 34, pr., D. h. t.; L. 16, D. de *pact.* 2, 14; L. 4, § 28, D. de *doli except.* 44, 4.

(6) Arg. L. 19, pr. et § 2, L. 13, § 11, D. h. t.

(*corporis vel juris possessor*)(7). Mais l'on ne peut agir par la pétition d'hérédité que contre le possesseur à titre d'héritier ou sans titre (*pro herede vel pro possessore*)(8), et utilement contre l'acheteur de droits héréditaires(9), jamais contre des possesseurs à titre particulier de biens de la succession(10); la raison en est que le possesseur à titre particulier prétend être propriétaire du bien qu'il possède; or l'héritier ne fait tomber cette prétention qu'en intentant l'action revendicatoire qui protège la propriété, et en prouvant celle-ci.

C) Le défendeur même de bonne foi qui succombe à la pétition d'hérédité, doit restituer tout ce dont il s'est enrichi aux dépens de l'héritier, mais il n'est pas tenu au delà de son profit(11). Tel fut le principe posé par un sénatus-consulte du règne d'Adrien et appelé sans motifs concluants sénatus-consulte Juventien(12). En conséquence :

1° Le défendeur doit rendre avec les biens héréditaires qui existent encore en nature entre ses mains(13), tout équivalent venu à la place d'un bien de la succession(14); de là l'adage moderne : *pretium succedit in locum rei, et res succedit in locum pretii*. C'est sans doute à raison des prestations personnelles auxquelles peut être soumis le défendeur à la pétition d'hérédité, qu'une constitution impériale appelle notre action mixte, c'est-à-dire réelle et personnelle(15); mais elle est purement réelle, c'est la revendication d'une succession; les prestations personnelles qui y incombent au défendeur, n'ont qu'un caractère accessoire(16).

(7) L. 9, L. 10, pr., L. 15, § 15, L. 16, § 1-5 et 7, D. h. t.

(8) L. 9, L. 11-12, L. 15, pr. et § 1, D. h. t. — Cf. T. I, § 124, I, B, 1^{re}, a.

(9) L. 15, § 4-6, 8-11, D. h. t. — (10) L. 7 i. f. ebn. avec l'initium, C. h. t.

(11) L. 20, § 6, *vis eos autem, qui facti essent*, L. 25, § 11 initio, L. 28, D. h. t.

(12) L. 20, § 6, cf. L. 22 i. f., D. h. t.

(13) L. 18, § 2, L. 19, pr. et § 2, L. 20, § 3, L. 41, pr., D. h. t.

(14) L. 16, § 1 et 5, L. 20, pr., § 1, 6, *vis cum, antequam partes caducæ restituere debere*, § 15, 17-18 et 21, L. 22-25, L. 25, § 1, 16, *vis Nam et si id*, et § 18, L. 50, L. 51, pr., L. 40, § 2, cf. L. 20, § 16, D. h. t. — (15) L. 7 in medio, C. h. t.

(16) L. 25, § 18, D. h. t. — En ce sens VANGEROW, *Lehrb.* I, § 156, *Anm.* — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 614, note 3. — MAYNZ, *Cours de D. R. I.*, § 157, II i. f. — Contra FABRICIUS, l. c. p. 181-184 et 194-195.

2° Le défendeur de bonne foi doit, pour l'époque antérieure à la *litis contestatio*, tenir compte à l'héritier des fruits qui lui restent en nature, et des fruits consommés si cette consommation lui a épargné une dépense⁽¹⁷⁾.

3° Le défendeur de bonne foi peut réclamer les impenses quelconques faites aux biens de la succession⁽¹⁸⁾, et le défendeur de mauvaise foi au moins la plus value que ses débours ont procurée à la succession; le premier est restitué en entier contre la possession de l'hérédité, le second indemnisé du préjudice provenant de sa perte⁽¹⁹⁾.

4° L'héritier est en principe sans action contre les tiers qui ont acquis à titre particulier des biens héréditaires du possesseur de la succession; s'il en était autrement, les acquéreurs exerceraient un recours en garantie contre leur auteur, et celui-ci serait tenu d'une façon indirecte au delà de son émolument⁽²⁰⁾. Mais cette décision suppose la bonne foi du possesseur de la succession; s'il est de mauvaise foi, il ne saurait se plaindre de subir le recours de l'acquéreur particulier⁽²¹⁾, puisqu'il est soumis comme possesseur fictif à la pétition d'hérédité⁽²²⁾. De plus notre règle cesse avec son motif dans le cas où l'acquéreur est sans recours contre l'héritier apparent⁽²³⁾.

(17) L. 23, § 20, L. 26-30, L. 40, § 1 i. f., D. h. t.; L. 1, § 1 initio, C. h. t.

(18) L. 37 (cnn. avec L. 36, § 3), L. 58, L. 59, § 1 initio, D. h. t.

(19) L. 58, L. 59, § 1 i. f., D. h. t. — Voyez aussi L. 23, § 12-16, D. h. t.

(20) L. 23, § 17, D. h. t., v^{is} *Item si..... habent*.

(21) Arg. L. 23, § 17, D. h. t., v^{is} *Item si..... habent*. — (22) L. 23, § 2 et 8, D. h. t.

(23) L. 23, § 17, D. h. t., v^{is} *Et puto..... habent*. — Autres exceptions : 1° v^{is} *Certe si..... summoveat*, et 2° v^{is} *Quid tamen..... ex persona entorum*. — Sur cette question voyez FABRICIUS, l. c. IV, p. 189-192. — NAMUR, *Revue des revues de droit* V, p. 190-202, Bruxelles, 1845. — ARNDTS, l. c. p. 228-229. — PLANCK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht* p. 215-218, Göttingen, 1844. — DERNBURG, *Ueber das Verhältniss der hereditatis petitio zu den erbchaftlichen Singularklagen* § 8-9, p. 83-105. Heidelberg, 1852. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 191 et *Ann.* 16. — FRANCKE, l. c. p. 302-311. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 508, *Ann.*, n° 1, 3°. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 612, note 13, et § 616, 1° i. f. — NAMUR et FRANCKE donnent la revendication contre le tiers acquéreur nonobstant le recours éventuel en garantie de ce dernier contre l'héritier apparent.

II. DES MOYENS POSSESSOIRES OUVERTS AUX HÉRITIERS.

A) De l'interdit *Quorum bonorum*.D. 47, 2, et C. 8, 2, *Quorum bonorum*.DE SAVIGNY. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* V, p. 1 sq. (1825), VI, p. 229 sq. (1828), et *Vermischte Schriften* II, p. 291 sq. et n. avec p. 216-290, Berlin, 1849.THIBAUT. *Archiv für die civilistische Praxis* X, p. 436 sq. (1827).VON LOEHR. *Eodem* XII, p. 83 sq. (1829).FABRICIUS. *Rheinisches Museum* IV, p. 204-211 (1855).ARNDTS. *Beiträge* p. 108-112 (1857), et *Weiske's Rechtstextikon* V, p. 615-620 (1844).MACHELARD. *Théorie générale des interdicts en droit romain* p. 49-106. Paris, 1864.

L'interdit *Quorum bonorum*, à la différence de la pétition d'hérédité, n'est qu'un moyen possessoire : il ne soulève pas la question du droit de succession ; son seul but est d'obtenir la possession des biens héréditaires (24) ; de Savigny a entrepris sans succès de faire prévaloir la doctrine contraire (25). La théorie de l'interdit se sépare sous les rapports suivants de celle de la pétition d'hérédité :

1° L'interdit n'appartient qu'au *bonorum possessor* (26).

2° Il ne se donne que contre les possesseurs de choses corporelles faisant partie de la succession (27) et ne tend qu'à la restitution de semblables choses (28).

3° La procédure y est sommaire (29) et partant la sentence non susceptible d'appel (30).

4° Le demandeur doit établir l'acquisition de la *bonorum possessio* en vertu d'un titre régulier (31). Mais, cette preuve fournie, son adversaire n'échappe à une condamnation qu'en établissant une *bonorum possessio* meilleure ; tous autres moyens de défense sont exclus (32).

(24) GAIUS, IV, 144 i. f. ; § 3, l. de interd. 4, 13, *ideo autem rei possessionem* ; L. 1, § 1 i. f., D. h. t. ; L. 1, C. h. t., *vis interdicto QUORUM BONORUM non aliter possessor constitui poteris*.

(25) En notre sens THIBAUT, l. c. — VON LOEHR, l. c. — MAYER, l. c. I, § 154 et *Ann.* 1. — ARNDTS, l. c. p. 618-620. — MACHELARD, l. c. p. 55-65. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 509, *Aum.* 1. — Contra DE SAVIGNY, l. c., et FABRICIUS, l. c.

(26) GAIUS, III, 34 i. f. ; IV, 144 ; *Callatio* XVI, 3, § 3 i. f. ; L. 1, pr., D. h. t. ; Cf. L. 1, C. h. t. — Contra MAYER, l. c. I, § 154 et *Aum.* 3. — (27) L. 2, D. h. t. — (28) L. 5 i. f., C. h. t.

(29) L. 22, C. Théod. *quor. appell. non recip.* 11, 56 ; L. 3, C. J. h. t., *vis omnibus frustrationibus amputatis*. — (30) L. 22, C. Théod. cit. — (31) L. 1 i. f., C. h. t.

(32) Arg. L. 3 i. f., C. h. t.

3° La sentence rendue à l'interdit ne préjuge pas le droit de succession contre la partie succombante⁽⁵⁵⁾.

B) *De la bonorum possessio ex testamento* (appelée dans l'école *remedium ex lege ultima*, C. de edicto divi Hadriani tollendo 6, 55). Elle appartient au porteur d'un testament par cela seul qu'il est extérieurement régulier, et sans qu'on examine sa validité intrinsèque⁽⁵⁶⁾; pour le surplus, elle a le même caractère que l'interdit *Quorum bonorum*⁽⁵⁷⁾. Cette voie de droit fut introduite par un édit d'Adrien, en vue d'assurer la perception de l'impôt sur les successions; elle n'était ouverte à l'institué qu'après le paiement de cet impôt et pendant un an seulement⁽⁵⁸⁾, double restriction que la législation de Justinien ne connaît plus⁽⁵⁹⁾.

A côté de ces moyens possessoires ouverts à l'héritier, nous avons à rappeler les *bonorum possessiones ventris nomine*⁽⁵⁸⁾, *Carboniana*⁽⁵⁹⁾ et *furiosi nomine*⁽⁴⁰⁾.

§ 345. Des actions entre cohéritiers.

D. 10, 2, et C. 3, 36, *familie erciscundæ*.

HEIMBACH, *Weiske's Rechtslexikon* III, p. 947-956 (1841).

Les héritiers disposent les uns contre les autres de l'action *familie erciscundæ* qui date de la loi des Douze tables⁽¹⁾.

1° Les parties en cause dans cette action sont les héritiers⁽²⁾ ou à l'action utile l'acheteur de leurs droits⁽³⁾. Seulement, comme son but n'est pas de revendiquer la succession, mais de poursuivre l'exécution

(55) L. 14, § 3, D. de except. rei judic. 42, 1; L. 3 i. f., C. h. t.

(56) L. 3, C. cit., 6, 55, vis *sancimus, ut, si quis..... accipiat*.

(57) PAUL, III, 5, § 14; L. 2, L. 3, vis *Sin autem aliquis..... putavit*, cf. vis *nisi tantum temporis.....*, 6, 55. — (58) PAUL, III, 5, § 16; L. 5 initio, C. 6, 55.

(59) L. 3, C. cit., vis *vicesima hereditatis ex nostra recessit republica*, et vis *nullis angustiis temporum..... obstaculum objiciatur*. — (58) T. II, § 298, III, 1°.

(59) T. II, § 298, II. — (40) T. II, § 541, 2°.

(1) L. 1, pr., D. h. t. — T. II, § 271, II, A.

(2) L. 2, pr., L. 24, § 1, L. 40, cf. L. 2, § 1, D. h. t.

(3) Arg. L. 34, pr., D. de hered. petit. 3, 3.

des obligations entre cohéritiers, elle suppose constante la qualité d'héritier dans la personne du demandeur; si son adversaire la lui dénie, il doit recourir au préalable à la pétition d'hérédité (4).

2° L'action *familiæ erciscundæ* sert à régler les obligations entre cohéritiers du chef de la communauté (5) ou du rapport (6), mais surtout à provoquer le partage de la succession (7). Aussi ce partage une fois fait, si on a omis de régler un point, l'action *familiæ erciscundæ* ne peut plus être employée, car elle a perdu sa base, une hérédité commune; on doit exercer l'action *communi dividundo* (8), celle de gestion d'affaires (9), ou la *condictio indebiti* (10), suivant qu'il reste à partager certains objets de la succession, à exécuter des obligations fondées sur la communauté, ou à faire un rapport.

CHAPITRE IV. — DE LA PERTE DE L'HÉRÉDITÉ.

ANNDTS. *Weiske's Rechtslexikon* IV, p. 25-26 (1845).

§ 546. Notions générales.

En principe, l'acquisition d'une hérédité est définitive pour et contre l'héritier, *semel heres semper heres*; il y a droit acquis pour l'héritier et pour les créanciers de la succession et les légataires (1). Mais cette règle n'est pas absolue :

I. *Des causes de perte de la succession.* Les causes de perte de la succession sont volontaires ou involontaires de la part de l'héritier.

A) Les causes volontaires de perte sont : 1° La rescision de l'accep-

(4) L. 1, § 1 initio, D. *h. t.*; voyez cependant L. 1, § 1 i. f., D. *cit.*

(5) § 4 cbn. avec § 5, I. *de oblig. quasi ex contr.* 5, 27; § 4 i. f., I. *de offic. jud.* 4, 17; L. 22, § 4, D. *h. t.*

(6) L. 1, pr. i. f., D. *de dot. collat.* 57, 7; Arg. L. 16, C. *de collat.* 6, 20.

(7) L. 1, pr., L. 2, pr., D. *h. t.* — (8) L. 20, § 4 i. f., cf. § 4 initio, D. *h. t.*

(9) L. 3, C. *de neg. gest.* 2, 19; L. 18, § 1, C. *h. t.*

(10) Arg. L. 1, § 1, D. *de condict. indeb.* 12, 6.

(1) GAUS, II, 165 initio; PAUL, III, 4^b, § 11; § 3 initio, I. *de hered. qualit. et differ.* 2, 19; L. 4, C. *de repud. v. abstin. hered.* 6, 51; L. 7, § 2, D. *h. t.*

tation pour cause de minorité⁽²⁾ ou de violence morale⁽³⁾; le dol ne donne lieu qu'à l'action de dol contre l'auteur des manœuvres frauduleuses⁽⁴⁾. A la rescision de l'acceptation est analogue l'abstention de l'enfant sous puissance⁽⁵⁾.

2° La vente de la succession, dont s'occupera spécialement le paragraphe suivant.

B) Les causes involontaires de perte de la succession sont : 1° La rescision du testament à la demande d'un successeur nécessaire⁽⁶⁾, ou la restitution en entier obtenue par un héritier antérieur contre sa renonciation⁽⁷⁾.

2° L'indignité de l'héritier qui n'en a pas moins acquis la succession⁽⁸⁾.

II. *Effets de la perte de la succession.* Ces effets sont analogues à ceux que produit la fin d'une délation⁽⁹⁾, sauf ce qui sera dit de la vente de l'hérédité.

§ 347. De la vente de l'hérédité.

D. 18, 4, et C. 4, 59, de hereditate vel actione vendita.

Il s'agit ici de la vente de droits ou de prétentions héréditaires, et non de celle de biens particuliers d'une succession; cette dernière vente n'offre rien de particulier. La vente d'une succession se rattache à la théorie générale de la vente, en tenant compte des règles que voici :

(2) Gaus, II, 165 i. f.; § 5 i. f., I. de hered. qualit. et differ. 2, 19; L. 7, § 5 et 9, D. de minor. 4, 4; L. 57, § 1, D. de A. v. O. H. 29, 2; L. 1 i. f., C. si minor ab hered. se abstin. 2, 59; Cf. Nov. 119, c. 6, et Authent. ad L. 1, C. cit.

(3) L. 21, § 3, D. quod metus causa 4, 2; L. 83, cf. L. 6, § 7, D. de A. v. O. H. 29, 2. (Cf. T. I, § 215, I et II). — Voyez encore § 6, I. de hered. qualit. et differ. 2, 19.

(4) L. 40, D. de dolo malo 4, 5. — Cf. T. II, § 212, II, A. — (5) T. II, § 358, II, 1°.

(6) L. 21, § 2, D. de inoffic. testam. 3, 2. — T. II, § 557, I, C.

(7) L. 7, § 10 initio, D. de minor. 4, 4, cbn. avec L. 2, C. si minor ab hered. se abstin. 2, 59, et L. 1-2, C. si ut omis. hered. acq. 2, 40. — (8) T. II, § 518, II.

(9) L. 21, § 2, D. de inoffic. testam. 3, 2; Cf. L. 7, § 10, L. 51, D. de minor. 4, 4, et L. 50, § 10-11, D. de fideic. libert. 40, 5.

I. Sa validité est subordonnée à la mort du *decurjus*, dans le sens et pour le motif indiqués ailleurs⁽¹⁾.

II. Au point de vue de ses effets, la vente d'une succession doit transférer à l'acheteur tous les avantages et désavantages provenant de l'acquisition de l'hérédité⁽²⁾. Ainsi :

1° L'acheteur a droit à tout ce que le vendeur aurait recueilli comme héritier⁽³⁾, y compris les portions héréditaires qui accroissent⁽⁴⁾, et à tous équivalents de biens héréditaires⁽⁵⁾. Mais le vendeur ne répond pas, sauf le cas de dol⁽⁶⁾, de l'éviction qui frappe des biens déterminés de la succession⁽⁷⁾, car il n'a voulu aliéner que ses droits successifs ou ce qu'il aurait recueilli lui-même comme héritier⁽⁸⁾; il ne doit garantir que sa qualité d'héritier pour la portion héréditaire vendue, et répondre de l'éviction totale ou partielle de cette portion⁽⁹⁾; encore échappe-t-il à la seconde garantie comme à la première si la vente ne porte que sur de simples prétentions héréditaires⁽¹⁰⁾, à moins qu'il ne l'ait faite de mauvaise foi, sachant qu'il n'était pas successible⁽¹¹⁾. Il n'est pas davantage responsable des vices des choses héréditaires⁽¹²⁾, ni des pertes ou détériorations survenues sans son dol⁽¹³⁾.

2° Réciproquement, toutes les charges de la succession retombent sur l'acheteur⁽¹⁴⁾. Mais c'est au vendeur à répondre à l'action des créanciers héréditaires et des légataires⁽¹⁵⁾; ceux-ci ne pourraient même, s'ils le voulaient, poursuivre l'acheteur⁽¹⁶⁾; en effet, le vendeur n'a pas le droit de se substituer un autre débiteur, ni l'acheteur

(1) T. II, § 519, I, B. — (2) L. 2, pr. in medio et § 9, D. h. t.

(3) L. 2, § 1, 4, 5, 6 et 8, cf. § 7 initio, D. h. t.; L. 178, § 1, D. de V. S. 50, 16.

(4) Arg. L. 2, § 4 et 2, D. h. t. — T. II, § 559, II, 2° i. f.

(5) L. 2, § 5, D. h. t.; L. 6 i. f., C. h. t.; Cf. L. 5, D. h. t.

(6) L. 2, pr. i. f. et § 5 initio, D. h. t.; L. 6 i. f., C. h. t.

(7) L. 2, pr., et arg. L. 14, § 1 i. f., L. 13, D. h. t. — (8) L. 2, pr., D. h. t.

(9) L. 7, L. 15 initio, cbn. avec L. 8-9, D. h. t.

(10) L. 10-11, L. 15 i. f., cbn. avec L. 15 initio, D. h. t. — (11) L. 12, D. h. t.

(12) Arg. L. 2, § 5 i. f., D. h. t. — (13) L. 2, § 5 i. f., L. 5, D. h. t.

(14) L. 2, § 7 i. f., 11, 16-17 et 20, L. 18, D. h. t.; Voyez cependant L. 2, § 7 in medio cbn. avec § 7 i. f., D. h. t. — (15) L. 2 initio, C. h. t.; L. 2 initio, C. de leg. 6, 57.

(16) L. 2 i. f., C. h. t.; Cf. L. 2, C. de pact. 2, 5; L. 1, C. h. t.

l'obligation de payer une personne envers laquelle il ne s'est pas engagé⁽¹⁷⁾. Après avoir payé, le vendeur exercera son recours contre l'acheteur⁽¹⁸⁾.

5° Les droits de créances qui ont existé entre le *decurus* et son héritier, comme les droits réels dont les biens de l'un étaient grevés au profit de l'autre et qui s'étaient éteints par confusion, doivent être rétablis pour ou contre l'héritier vendeur⁽¹⁹⁾.

4° L'acheteur peut exercer utilement la pétition d'hérédité et l'action *familiæ erciscundæ* de même qu'il y est soumis⁽²⁰⁾.

(17) L. 2, C. de pact. 2, 5.

(18) L. 2 initio, C. h. t.; L. 2 i. f., C. de leg. 6, 57; Cf. L. 2, § 20, D. h. t.

(19) L. 9, D. comm. præd. 8, 4; L. 2, § 19, D. h. t. — L. 2, § 18, L. 20, D. h. t.; L. 2, § 6 et 13, L. 24, D. h. t.

(20) T. II, § 544, I, A et B; § 543, 1°. — Pour quelques règles de l'ancien droit romain, reposant sur des distinctions assez arbitraires, voyez GAUUS, II, 54-57, et ULPPIUS, XIX, 11-15.

TITRE II.

DES LEGS.

I. *de legatis* 2, 20; D. *de legatis et fideicommissis* 1^o, 30 (*h. t.*¹), 2^o, 51 (*h. t.*²), 3^o, 52 (*h. t.*³);
C. *de legatis* 6, 57.

ARNDTS. *Weiske's Rechtslexikon* VI, p. 279-344 (1843), et *Fortsetzung des Glückschen Kommentars* XLVI et XLVII, 1^{re} partie (1868-1871).

CHAPITRE I. — DES LEGS EN GÉNÉRAL.

§ 548. *Caractère et divisions des legs.*

I. *Caractère des legs.* Le legs (*legatum vel fideicommissum*), dans le sens large de ce mot, est la disposition de dernière volonté par laquelle on charge quelqu'un d'une libéralité au profit d'un tiers⁽¹⁾. Le legs n'est donc, d'après le point de vue romain, qu'une succession *indirecte* au défunt : entre celui-ci et le légataire se place un intermédiaire, le grevé, qui a pour mission d'exécuter le legs⁽²⁾. De ce caractère du legs résultent les règles suivantes :

1^o Le legs n'est qu'un accessoire de l'hérédité ; il en dépend souverainement et tombe avec elle ; lorsque l'héritier auquel il est imposé, fait défaut, le legs n'est pas dû par l'héritier subséquent⁽³⁾.

(1) Cf. § 1, I. *h. t.* ; L. 36, D. *h. t.*² ; L. 116, pr., D. *h. t.*¹.

(2) Arg. L. 56 i. f., D. *h. t.*² ; § 2, I. *de fideic. hered.* 2, 23 ; pr., I. *de sing. rel. per fideic. rel.* 2, 24.

(3) L. 81, D. *h. t.*² ; L. 1, § 9, D. *h. t.*⁵ ; L. 17 initio, D. *si quis omissa causa test.* 29, 4.

2° Le légataire demeure toujours limité à son legs, il n'a pas comme l'héritier un droit éventuel à l'ensemble de la succession ; c'est donc l'héritier qui profite de la nullité ou de l'infirmité des autres legs (4).

5° Enfin, l'ancienne jurisprudence romaine admettait que le legs formait une succession à titre particulier alors même qu'il portait sur une quote-part héréditaire ; car le légataire, qui ne tient pas directement ses droits du défunt, ne peut à la rigueur être envisagé comme son représentant (5). Mais la législation de Justinien a abandonné cette règle, ainsi qu'il sera démontré plus loin (6).

II. *Divisions des legs.* Les legs se divisent :

1° Historiquement, en legs proprement dits et fidéicommiss (7).

2° Objectivement, en legs universels et legs particuliers, selon que le legs a pour objet une quote-part de la succession ou des biens déterminés (8). Les legs universels, à la différence des fidéicommiss universels, ne comprenaient jamais l'hérédité entière, parce que jusque sous Justinien ils restèrent une succession à titre particulier (9) ; les Romains leur donnaient le nom de *legata partitionis* ou de *partitiones* (legs de quotité) (10) et au légataire universel celui de *legatarius partiaris* (légataire partiaire) (11) ; les fidéicommiss universels s'appelaient *fideicommissa hereditatis* ou *hereditates fideicommissariæ* (12), et l'héritier qui en était chargé, *heres fiduciarius* (fiduciaire) (13). Aux uns et aux autres s'opposaient les *legata vel fideicommissa singularum rerum* (14).

(4) L. un., § 3 et 4 initio, C. de cad. toll. 6, 51. — (5) T. II, § 370, I, A et B initio.

(6) T. II, § 370, I, B, 1^o-2^o, et C. — (7) T. II, § 349-350.

(8) GAIUS, II, 246, 247 et 260 ; I. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23, et de singulis rebus per fideicommissum relictis 2, 24 ; L. 52 initio, C. de fideic. 6, 42 ; L. 8, C. ad scutum Trebell. 6, 49. — (9) ARG. ULP. XXIV, 23.

(10) ULP. XXIV, 23 initio ; GAIUS, II, 234 i. f. ; § 3 i. f., I. de fideic. hered. 2, 23.

(11) ULP. XXV, 13 i. f., et les deux derniers textes de la note précédente.

(12) GAIUS, II, 246-247 ; I. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23.

(13) L. 46, L. 67, § 3 i. f., D. ad scutum Trebell. 56, 1. — (14) L. 1, pr., D. cod.

§ 349. *Historique des legs proprement dits.*

I. ANCIEN DROIT ROMAIN. Il existait dans l'ancienne Rome quatre legs proprement dits, reconnaissables à leur formule⁽¹⁾ ; c'étaient les legs *per vindicationem* (*do — lego — do lego — sumito — capito — sibi habeto*)⁽²⁾, *per præceptionem* (*præcipito*)⁽³⁾, *per damnationem* (*heres damnas esto dare — dato — facito — dare jubeo*)⁽⁴⁾, et *sinendi modo* (*heres damnas esto sinere legatarium sumere sibi que habere*)⁽⁵⁾. Ces quatre sortes de dispositions se rangent en deux groupes. Les legs *per vindicationem* et *per præceptionem* sont des legs de propriété : comme il résulte de leur formule, le testateur veut directement conférer au légataire la propriété de la chose léguée. Au contraire les legs *per damnationem* et *sinendi modo* sont des legs d'obligation : le testateur s'y adresse en effet à l'héritier, qu'il charge de l'exécution de la libéralité. Dans le premier groupe, le legs *per præceptionem* est une simple modification du legs *per vindicationem*, dans le second, le legs *sinendi modo* également une espèce particulière du legs *per damnationem*.

A) *Des legs de propriété.*

1° *Règles communes.* La théorie des legs de propriété dérive de la nature même de ces legs. Ils supposent que le testateur est propriétaire de la chose léguée, et qu'il l'est à une double époque : lors de la confection du legs, pour que celui-ci arrive à l'existence, et au moment de la mort du testateur, pour que le legs puisse produire ses effets⁽⁶⁾ ; toutefois, quant aux choses fongibles, on se contentait de la propriété au décès, car, comme il n'est pas d'usage de conserver longtemps ces choses dans son patrimoine, si on avait exigé la propriété à l'époque de la confection du legs, ce dernier aurait presque toujours été frappé d'inefficacité⁽⁷⁾. D'autre part, dans les legs de

(1) GAIUS, II, 192 ; ULPEN, XXIV, 2 ; § 2 initio, I. h. t.

(2) GAIUS, II, 193 ; ULPEN, XXIV, 3. — (3) GAIUS, II, 216 ; ULPEN, XXIV, 6.

(4) GAIUS, II, 201 ; ULPEN, XXIV, 4. — (5) GAIUS, II, 209 ; ULPEN, XXIV, 5.

(6) GAIUS, II, 196 et 220 initio ; ULPEN, XXIV, 7 initio et 11.

(7) GAIUS, II, 196 ; ULPEN, XXIV, 7 i. f.

propriété, le légataire acquiert de plein droit la propriété de l'objet légué, sans devoir en demander le transfert à l'héritier : sur le seul fondement du legs, il est admis à revendiquer ; de là le nom de legs *per vindicationem* (8).

2° *Du legs per præceptionem en particulier.* D'après le sens naturel de ses termes, ce legs ne convenait qu'à un avantage par préciput accordé à un héritier ; aussi les Sabinieniens le déclaraient-ils nul quand il était fait au profit d'un étranger ; mais les Proculéens moins rigoureux le maintenaient, en disant qu'en présence de la volonté formelle du testateur de gratifier l'étranger, il n'y avait pas lieu de s'arrêter au mot *præcipito*, qui était employé pour *capito* (9). Le point de vue proculéen finit par prévaloir (10), et le legs *per præceptionem* s'identifia avec le legs *per vindicationem*.

B) *Des legs d'obligation.*

1° *Règles communes.* Ces règles sont également puisées dans la nature des legs d'obligation. La chose léguée ne devait pas dans l'espèce appartenir au testateur (11) ; mais aussi elle n'était jamais directement acquise au légataire, peu importe qu'elle fût propriété du testateur ; le légataire n'avait qu'un droit de créance et une action personnelle contre l'héritier, pour exiger le transfert de la chose par les voies usuelles de l'ancienne jurisprudence (12) et subsidiairement sa valeur (13).

2° *Du legs sinendi modo.* Les termes de ce legs supposaient que l'héritier avait la chose léguée par devers lui, comme héritier ou de son propre chef, car le testateur lui enjoignait de la laisser enlever par le légataire ; on ne pouvait donc léguer de cette manière des choses appartenant à un tiers autre que l'héritier (14). Sur ce point tout le monde était d'accord à Rome. Mais certains juristes soutenaient de plus, en s'inspirant toujours de la formule du legs, que l'héritier n'avait vis-à-vis du légataire qu'une sorte d'obligation passive plutôt

(8) GAIUS, II, 194 et 222 initio. — (9) GAIUS, II, 217 et 221, cf. 222 et 219.

(10) GAIUS, II, 221 i. f. ; L. 12, C. *h. t.*

(11) GAIUS, II, 202 initio ; ULPEN, XXIV, 8 ; Cf. GAIUS, II, 203, et ULPEN, XXIV, 9.

(12) GAIUS, II, 204 et 213. — (13) GAIUS, II, 202.

(14) GAIUS, II, 210-211, cf. 212 ; ULPEN, XXIV, 10.

qu'active, et que par conséquent il devait seulement permettre au légataire de venir enlever l'objet légué, sans être tenu à un acte positif de transfert de propriété⁽¹³⁾; cette opinion ne paraît pas avoir été adoptée dans la pratique⁽¹⁶⁾.

II. RÉFORMES SOUS L'EMPIRE. Trois dispositions législatives amenèrent l'assimilation complète des quatre variétés de legs :

1° Dès le règne de Néron, le sénatus-consulte Néronien statua que la seule formule choisie par le testateur ne rendrait plus jamais le legs nul, mais qu'il suffirait que le legs pût être valablement fait par l'une des trois autres formules⁽¹⁷⁾.

2° Plus tard l'empereur Constance, l'un des fils de Constantin I^{er}, permit de faire chacun des quatre legs en termes quelconques ; il les débarrassa ainsi de leurs formules solennelles⁽¹⁸⁾.

3° Enfin Justinien les confondit entièrement, en attachant à tous les mêmes effets, tels qu'ils seront déterminés plus loin⁽¹⁹⁾.

§ 330. *Historique des fidéicommiss.*

I. *Ancien droit romain.* Les fidéicommiss apparaissent à Rome dans les derniers temps de la république, surtout en vue d'é luder les incapacités de recevoir à cause de mort : comme on ne pouvait instituer les incapables ni leur faire des legs, on chargeait l'héritier d'un fidéicommiss en leur faveur⁽¹⁾; mais la loi ne garantissait point ces dispositions, leur exécution dépendait souverainement de la loyauté du grevé (*testator fidei heredis committebat, heres fiduciarius*)⁽²⁾. Auguste, le premier, éleva les fidéicommiss à la hauteur d'une institution légale, pour autant qu'ils étaient faits à des personnes capables, en ordonnant aux consuls d'assurer l'exécution de certains

(13) GAIUS, II, 214; Voyez encore GAIUS, II, 213, et L. 14, D. de usu et usufr. 33, 2 (T. II, § 562, II, 1^{re}). — (16) Arg. GAIUS, II, 214, et L. 16, D. de liber. leg. 34, 3.

(17) GAIUS, II, 197, 212, 218, 220 in medio et 222 i. f.; ULPPIEN, XXIV, 11^{re}.

(18) § 2, I. h. t., v^{is} sed ex constitutionibus. sublata est; L. 21, C. h. t.

(19) § 2, I. h. t., v^{is} Nostra autem constitutio.; L. 1, C. comm. de leg. et fideic. 6, 43. T. II, § 562, I.

(1) § 1 initio, I. de fideic. hered. 2, 23; GAIUS, II, 283 initio. — (2) § 1 in medio, I. cit.

fidéicommiss qui semblaient mériter cette faveur ; car, à la suite de ces interventions spéciales de l'empereur, on admit d'une façon générale la force obligatoire des fidéicommiss, et bientôt leur vogue fut telle qu'on dut créer un prêteur fidéicommissaire, ne connaissant que des causes relatives aux fidéicommiss⁽³⁾. Les fidéicommiss s'opposent aux legs comme institution du droit des gens : tandis que les legs étaient assujettis à toute la rigueur civile, les fidéicommiss jouissaient de la liberté la plus large, ils étaient affranchis de toutes les prescriptions positives de la loi⁽⁴⁾. D'abord on tolérait l'exécution spontanée d'un fidéicommiss laissé à un incapable, au lieu de le considérer comme bien caduc ; mais on ne prêtait pas la main à cette fraude faite à la loi, et le fidéicommissaire était sans action en justice⁽⁵⁾ ; ce système se maintint jusqu'à Adrien, époque à laquelle, en vertu de plusieurs sénatus-consultes, les fidéicommiss laissés à des incapables furent déclarés caducs⁽⁶⁾. Si nous passons aux fidéicommiss obligatoires, les différences suivantes les séparaient des legs :

1^e Quant à la personne du grevé, le legs ne pouvait être imposé qu'à un héritier testamentaire⁽⁷⁾, le fidéicommiss pouvait l'être à quiconque recevait quelque chose du *decurjus*⁽⁸⁾.

2^e Quant à la forme, le legs devait se faire par testament ou par un codicille testamentaire confirmé⁽⁹⁾, après l'institution d'héritier⁽¹⁰⁾ et en termes solennels, latins et impératifs⁽¹¹⁾. Le fidéicommiss particulier pouvait être laissé par testament et par toute espèce de codicilles, c'est-à-dire par une simple lettre⁽¹²⁾ ; ce n'était qu'au fidéicommiss universel que s'appliquait la forme du legs⁽¹³⁾. Puis, le

(3) § 1 i. f., l. cit. ; Cf. pr. initio, l. *de codic.* 2, 23.

(4) GAIUS, II, 289 initio ; § 3 initio, l. *h. t.*

(5) GAIUS, II, 274, 276, 283 initio, 286, 286^a initio et 287 initio.

(6) GAIUS, II, 283 i. f., 286^a i. f. *chn.* avec 286 et 286^a initio, et 287 i. f. ; ULPPIEN, XXV, 6 et 13 ; Voyez toutefois GAIUS, II, 273, et ULPPIEN, XXV, 7.

(7) GAIUS, II, 270 i. f. et 271 initio ; ULPPIEN, XXIV, 20-21.

(8) GAIUS, II, 270 initio et 271 i. f. ; ULPPIEN, XXV, 10.

(9) GAIUS, II, 270^a initio ; Arg. ULPPIEN, XXIV, 29.

(10) GAIUS, II, 229 ; ULPPIEN, XXIV, 13 ; PAUL, III, 6, § 2.

(11) GAIUS, II, 193, 201, 209, 216 et 281 initio ; ULPPIEN, XXIV, 1 initio, 5-6 ; XXV, 9 i. f. — (12) GAIUS, II, 270^a i. f. et 273 ; ULPPIEN, XXV, 4, 8 et 11 ; PAUL, IV, 1, § 10.

(13) GAIUS, II, 248 *chn.* avec 246-247.

fidéicommiss pouvait se faire avant l'institution d'héritier⁽¹⁴⁾ et en termes quelconques⁽¹⁵⁾; c'est même dans l'emploi des termes impératifs et des termes précatifs que consistait l'essence respective des legs et des fidéicommiss; là était le *criterium* pour les distinguer les uns des autres⁽¹⁶⁾.

3° Quant aux effets, à la vérité le legs seul pouvait produire immédiatement la propriété, alors que du fidéicommiss il ne résultait jamais qu'un rapport obligatoire⁽¹⁷⁾; mais l'obligation naissant du fidéicommiss était de bonne foi et non de droit strict comme celle produite par le legs⁽¹⁸⁾; elle se poursuivait *extra ordinem*⁽¹⁹⁾.

II. *Réformes sous l'empire.* Bientôt les legs et les fidéicommiss se rapprochèrent, et ils finirent par se confondre, comme les diverses sortes de legs s'étaient confondues entre elles.

1° D'un côté, les legs avaient perdu de leur rigueur par suite du sénatus-consulte Néronien et de la constitution précitée de Constance⁽²⁰⁾.

2° D'un autre côté les fidéicommiss, placés jusque-là pour leur validité en dehors de la sphère du droit, furent assujettis à une certaine forme par les empereurs Constantin et Théodose II; le codicille devint un acte solennel⁽²¹⁾.

3° Justinien, supprimant radicalement l'ancien dualisme des legs et des fidéicommiss, les soumit à un système unique, qu'il composa des règles les plus libres et les plus avantageuses des deux systèmes⁽²²⁾.

(14) GAIUS, II, 269; ULPEN, XXV, 8.

(15) GAIUS, II, 281 i. f.; ULPEN, XXIV, 1 i. f.; XXV, 1 et 9 initio; PAUL, IV, 1, § 6; § 3, l. de *sing. reb. per fideic. vel.* 2, 24; L. 2 initio, C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43.

(16) ULPEN, XXIV, 1; XXV, 1. — (17) PAUL, IV, 1, § 18. — (18) Arg. GAIUS, II, 280.

(19) GAIUS, II, 278; ULPEN, XXV, 12; Cf. GAIUS, II, 279.

(20) T. II, § 549, II, 1^o et 2^o.

(21) L. 1, L. 7, § 2, C. *Théod. de testam. et codic.* 4, 4; L. 8, § 3, C. *de codic.* 6, 56. — T. II, § 333, I.

(22) § 3 in medio, l. h. t.; L. 2, C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43. — T. II, § 333, III, 357, I, et 362, I.

§ 551. *De l'ouverture et de l'acquisition des legs.*D. *quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat* 56, 2;C. *quando dies legati vel fideicommissi cedit* 6, 53.KÖEPPEL. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen R. u. D. P. R. V.*, p. 184-217 (1861).FITTING. *Archiv für die civilistische Praxis* XLVII, p. 147 sq. (1866).CRAILSHEIM. *Eodem* p. 370 sq. (1866).

I. *De l'ouverture du legs.* Strictement, dans la théorie romaine, le legs ne pourrait s'ouvrir que lors de l'acquisition de l'hérédité ; en effet jusqu'à ce moment son sort reste entièrement incertain ; si l'héritier fait défaut, le légataire ne recueille rien⁽¹⁾. Mais il eût été injuste d'exposer le légataire à perdre sa libéralité par son décès après le *decejus* et avant l'adition d'hérédité, alors que cette adition ne dépend pas de lui et au surplus manque rarement d'avoir lieu. C'est pourquoi on ne se tint à la rigueur des principes que pour les legs qui étant purement personnels au légataire, ne pouvaient se transmettre à ses héritiers ; comme il n'existait à leur égard aucune raison décisive pour avancer l'ouverture, on les déféra à l'époque de l'acquisition de l'hérédité⁽²⁾. Dans tous les autres legs, on admit à la mort du testateur une sorte d'ouverture conditionnelle du legs⁽³⁾, avec les effets ordinaires⁽⁴⁾ : dès ce moment le légataire transmettait son droit à ses héritiers⁽⁵⁾. Mais il ne pouvait encore poursuivre l'exécution du legs ; il fallait à cette fin que l'hérédité eût été acquise⁽⁶⁾. Un sénatus-consulte porté accessoirement à la loi Julia et Papia Poppæa, avait, dans le but d'augmenter les chances de caducité, différé la délation provisoire du legs jusqu'à l'ouverture du testament⁽⁷⁾, de même que la loi Julia et Papia Poppæa avait fait

(1) L. 81, D. *de leg.* 2^o, 51 ; L. 1, § 9, D. *de leg.* 5^o, 32.(2) L. un., § 2-3, D. *quando dies ususfr. leg. ced.* 7, 3 ; L. 2-3, L. 3, § 1 i. f., L. 7, § 6, L. 8-9, D. *h. t.* ; L. un., § 6, C. *de cad. toll.* 6, 51.(3) ULPSEN, XXIV, 31 initio ; L. 7, pr., L. 21, pr. initio, D. *h. t.*(4) L. 3, § 7, L. 14, § 3, D. *h. t.* ; L. 18 initio, D. *de R. J.* 30, 17 ; L. 3, C. *de condit. insert.* 6, 46. — (5) ULPSEN, XXIV, 30 ; L. 3, pr. et § 1 initio, C. *h. t.*(6) L. 32, pr., D. *de leg.* 2^o, 31 ; L. 7, pr., D. *h. t.*(7) ULPSEN, XXIV, 31 i. f. ; XVII, 1 i. f. ; PAUL, III, 6, § 7 ; L. un., § 1 in medio, C. *de cad. toll.* 6, 31.

dépendre de cette ouverture la délation de l'hérédité⁽⁸⁾; mais Justilien abolit le sénatus-consulte dont il s'agit et rétablit le droit antérieur⁽⁹⁾. Les moments juridiques auxquels nous venons de rapporter l'ouverture conditionnelle et l'ouverture définitive du legs, sont connus dans l'école sous les noms de *dies legati cedens*⁽¹⁰⁾ et de *dies legati veniens*⁽¹¹⁾, bien que la seconde expression ne soit guère romaine⁽¹²⁾; de l'une et de l'autre on a présenté toutes les explications possibles⁽¹³⁾. Il nous reste à examiner jusqu'à quel point l'ouverture du legs peut être reculée par une condition ou par un terme.

1° La condition apposée à un legs en suspend complètement l'ouverture, par la raison qu'elle en rend le sort incertain, et que dès lors on ne saurait dire du légataire qu'il est appelé au legs⁽¹⁴⁾.

2° Au contraire, un simple terme ne jetant aucune incertitude sur le legs lui-même, n'en retarde pas l'ouverture *provisoire* : celle-ci a toujours lieu à la mort du testateur⁽¹⁵⁾. Mais l'ouverture *définitive* du legs à terme ne peut avoir lieu avant l'échéance du terme, car cette ouverture autorise à réclamer le legs, ce qui suppose à toute évidence l'expiration du terme; par conséquent, si lors de l'adition de l'hérédité, le terme n'est pas encore expiré, il faut attendre son expiration⁽¹⁶⁾.

II. De l'acquisition du legs. Le droit romain connaît aussi une

(8) ULPEN, XVII, 1 i. f.; L. un., § 1 initio, C. de cad. toll. 6, 51. — T. II, § 519, I, A.

(9) L. un., § 1 i. f. et 5 in medio, C. de cad. toll. 6, 51.

(10) Rubriques D. et C. h. t.

(11) L. 1, § 1, D. de condit. 33, 1; L. 9 i. f., D. ut legat. 56, 3. — Cf. L. 215, pr. initio, D. de V. S. 30, 16. — (12) WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 642, note 4 i. f.

(13) Cf. WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 642.

(14) L. 21, pr., vis *At si incerta*....., D. h. t.; L. 5, § 2, D. h. t.; L. 41, D. de condit. 33, 1; L. un., § 7 initio, C. de cad. toll. 6, 51. — L. 1, L. 7, § 1, 3-5, L. 21, § 1, D. h. t. — L. 40, pr., D. de condit. 33, 1.

(15) L. 21, pr., vis *adjecta, quamvis*..... *statim cedit*, D. h. t.; L. un., § 6 i. f., C. de cad. toll. 6, 51; L. 4, § 1, D. h. t.; L. 79, pr., D. de condit. 33, 1. — *Non obstant* L. 4, pr., D. h. t., L. 79, § 1, L. 1, § 2, D. de condit. 33, 1; le legs fait à quelqu'un après la mort de l'héritier est conditionnel, il renferme une condition tacite de survie du légataire à l'héritier.

(16) L. 21, pr., D. h. t., vis *sed ante diem peti non potest*; L. un., § 4, D. quando dies *ususfr. leg. ced.* 7, 3, vis *sed nec actio*.....

sorte d'acquisition provisoire du legs et une autre qui a un caractère définitif. Le légataire commence par acquérir le legs de plein droit à l'instant de son ouverture proprement dite, sans qu'il faille un acte d'acceptation de sa part, et même à son insu⁽¹⁷⁾; les Proculéens avaient défendu sans succès la nécessité d'une acceptation⁽¹⁸⁾. Mais le légataire conserve une liberté entière de répudier, et sa répudiation fait tomber rétroactivement l'acquisition provisoire du legs⁽¹⁹⁾; or, comme la répudiation est possible tant qu'il n'y a pas eu d'acceptation, ce n'est que de cette acceptation que date l'acquisition proprement dite du legs⁽²⁰⁾.

CHAPITRE II. -- DE LA CONFECTION DES LEGS.

SECTION I. — CONDITIONS DE LA VALIDITÉ DES LEGS.

§ 352. Principes généraux.

La théorie de l'institution d'héritier s'applique en thèse générale à la confection du legs⁽¹⁾; nous nous bornons à indiquer les règles suivantes :

(17) L. 16, § 1, D. *qui testam. fac. poss.* 28, 1; L. 77, § 3, L. 80, D. *de leg.* 2^o, 31; L. 49, § 1 i. f., D. *quemadm. serv. amitt.* 8, 6. — Contra KOEPPEN, l. c. p. 184 sq.; mais voyez WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 645 et note 2.

(18) GAIUS, II, 195; Cf. L. 44, § 1 initio, D. *de leg.* 1^o, 30, et L. 64 initio, D. *de furt.* 47, 2. — (19) GAIUS, II, 195 in medio; L. 44, § 1 i. f., D. *de leg.* 1^o, 30.

(20) Arg. L. 86, § 2, D. *eod.*

(1) L. 32, D. *de condit.* 33, 1; L. 73, pr., D. *h. t.*¹; L. 1, § 1, D. *h. t.*² (T. II, § 328, I, 1^o i. f.). — L. 13, pr., D. *ad leg. Corn. de fals. et de secto Liboniano* 48, 10; L. 3, C. *de his, qui sibi adscr. in testam.* 9, 25 (T. II, § 328, I, 1^o i. f.). — L. 2, D. *de his, quæ pro non script. hab.* 34, 8; L. 73, § 3, D. *de R. J.* 50, 17; L. 32, § 1, L. 37, § 1, L. 39, § 6, D. *h. t.*¹; L. 30, § 3, D. *eod.*; L. 73, L. 93, D. *h. t.*² (T. II, § 328, I, 2^o). — ULPPIEN, XXIV, 19 initio; § 29-30, I. *h. t.*; L. 73, § 1, D. *h. t.*¹; L. 7, § 1, C. *h. t.* (T. II, § 328, I, 2^o). — GAIUS, III, 98; L. 104, § 1, D. *h. t.*¹ (T. II, § 328, III, 1^o). — L. 34, pr., L. 64, D. *h. t.*¹ (T. II, § 328, note 33). — L. 76, § 7, D. *h. t.*²; L. 7, pr., L. 18, L. 67, L. 72, pr., § 1-3, L. 106, D. *de condit.* 33, 1 (T. II, § 328, III, 2^o i. f.). — ULPPIEN, XXIV, 19; § 31, I. *h. t.*; L. 95, § 2, D. *h. t.*²; L. 17, § 2-3, L. 72, § 6, D. *de condit.* 33, 1 (T. II, § 328, IV).

1° Le legs peut se faire en termes quelconques⁽²⁾, voire même par geste⁽³⁾, et avant comme après l'institution d'héritier⁽⁴⁾.

2° Le legs comporte des conditions et des termes, suspensifs ou résolutoires. A la vérité le droit anté-justinien partait d'un point de vue différent : il réputait purs et simples les legs faits avec un terme ou une condition résolutoires ; mais Justinien abrogea cette règle⁽⁵⁾. Par d'autres dérogations à l'ancienne jurisprudence⁽⁶⁾, le même empereur reconnut les legs faits pour une époque postérieure à la mort (*post mortem*) de l'héritier ou du légataire⁽⁷⁾, et ceux faits à titre de peine, dans le but de forcer indirectement le légataire à faire ou à ne pas faire quelque chose⁽⁸⁾.

§ 535. Des personnes dans les legs.

Le legs suppose trois personnes : un disposant, un légataire et un grevé.

I. Le disposant doit être capable dans le même sens que pour la confection d'un testament⁽¹⁾.

II. De son côté, le légataire est assimilé pour la capacité à l'héritier institué⁽²⁾.

III. On peut charger d'un legs quiconque recueille quelque chose

(2) § 2 in medio, I. h. t.; L. 21, C. h. t. (T. II, § 549, II, 2°).

(3) L. 21, pr. initio, D. h. t.³; L. 22, C. de fideic. 6, 42.

(4) § 54, I. h. t.; L. 24, C. de testam. 6, 25 (T. II, § 528, I). — (5) L. 26, C. h. t.

(6) GAÏUS, II, 252, cf. 253-254; ULPÏEN, XXIV, 16; PAUL, III, 6, § 5-6. — GAÏUS, II, 253, cf. 256, 257 et 245; ULPÏEN, XXIV, 17; XXV, 15.

(7) § 55, I. h. t.; L. 11, C. de contr. v. committ. stipul. 8, 58.

(8) § 36, I. h. t.; L. un., C. de his, quæ pænæ nomine 6, 41.

(1) L. 2, L. 114, pr., D. h. t.¹; L. 1, pr., § 2-4, L. 21, pr., vi^o dummodo is....., D. h. t.⁵; Non obstant L. 1, § 1 et 3, D. eod. (VANGEROW, Lehrb. II, § 520, ad L. cit. — WINDSCHEID, Lehrb. III, § 624). — T. II, § 527.

(2) § 24-27, I. h. t.; L. 3, pr., D. de his, quæ pro non script. hab. 34, 8; L. 7, D. pro leg. 41, 8; L. 59, § 4 i. f., D. de heret. instit. 28, 5; L. 59, § 1, L. 104, D. de condit. 33, 1 (T. II, § 518, I). — Cf. § 52-53, I. h. t., cbn. avec GAÏUS, II, 244-245.

dans la succession du testateur par l'effet d'une libéralité directe⁽⁵⁾ ou indirecte⁽⁴⁾ et non fortuitement⁽³⁾. Cependant :

1° Nul ne peut être chargé de legs au delà de ce qu'il retire de la succession⁽⁶⁾ ; en abandonnant ce qu'il a reçu, il fait cesser la cause de son obligation⁽⁷⁾. Mais il est possible que l'acceptation pure et simple d'une libéralité contienne l'engagement tacite de payer sans réduction les legs qui y sont imposés⁽⁸⁾. De plus, l'héritier chargé de legs doit avoir soin de faire inventaire, pour que l'importance réelle de la succession puisse être constatée⁽⁹⁾ ; mais alors il a généralement droit à la quarte Falcidie⁽¹⁰⁾.

2° Le legs par préciput au profit d'un héritier est nul pour la portion à payer par cet héritier, car on ne saurait être à la fois créancier et débiteur d'un legs⁽¹¹⁾ ; or, l'héritier avantagé est tenu du prélègs en proportion de sa part héréditaire, si le testateur n'en a disposé autrement⁽¹²⁾ ; c'est donc pour cette portion héréditaire que le prélègs est frappé de nullité, il n'est valable que pour la portion restante⁽¹³⁾. On arrive ainsi au résultat en apparence bizarre mais profondément logique, qu'un prélègs fait à deux héritiers leur profite en raison inverse de leur part héréditaire respective : plus cette part est considérable, plus est faible la part dans le legs ; en effet, la portion du legs frappée de nullité s'élève avec la portion héréditaire de l'héritier avantagé, et le legs décroît dans le même sens⁽¹⁴⁾.

(5) § 11, D. de fideic. hered. 2, 25 ; pr., I. de sing. reb. per fideic. rel. 2, 24, cbn. avec L. 2, C. comm. de leg. et fideic. 6, 43 ; L. 77, § 1 initio, D. h. t.².

(4) L. 1, § 6, D. h. t.² ; L. 8, pr. et § 1, D. de jure codic. 29, 7 ; L. 96, § 4, D. h. t.¹ ; L. 3, § 1, L. 6, pr., D. h. t.² ; L. 77, D. h. t.¹.

(3) L. 6, § 1, D. h. t.² ; L. 51, C. de fideic. 6, 42.

(6) § 1, I. de sing. reb. per fideic. rel. 2, 24, ^{vis} Hoc solum..... inutiliter relinquatur ; L. 26, pr., L. 114, § 3, L. 122, § 2, D. h. t.¹ ; L. 70, pr. et § 1 initio, D. h. t.² ; L. 8, pr., D. h. t.² ; Nov. 1, c. 2, § 2. — (7) L. 122, § 2 i. f., D. h. t.¹.

(8) L. 70, § 1 i. f., D. h. t.². — (9) Nov. 1, c. 2, § 2. — (10) Nov. 1, c. 2, § 1.

(11) Ulpian, XXIV, 22 ; L. 116, § 1 initio, D. h. t.¹.

(12) L. un., § 8 initio, C. de cad. toll. 6, 51 (T. II, § 362, II, 2°).

(13) L. 34, § 11, L. 116, § 1, D. h. t.¹. — L. 104, § 3, D. cod., cbn. avec L. 18, § 3, D. ad actum Trebell. 36, 1 ; L. 74, L. 91, D. ad leg. Falc. 35, 2.

(14) L. 34, § 12, L. 104, § 3, D. h. t.¹ ; Cf. L. 2, pr., D. de instr. leg. 33, 7. — VON DER

§ 334. De l'objet des legs.

Le legs peut avoir pour objet des prestations de toute nature⁽¹⁾, pour autant qu'elles sont susceptibles de faire l'objet d'un droit, car le legs est nul s'il porte sur une chose hors du commerce⁽²⁾ ou bien sur un fait illicite ou immoral⁽³⁾; le legs d'une chose hors du commerce étant un néant juridique, rien ne peut en couvrir la nullité, pas même la circonstance qu'il est fait sous la condition que la chose rentre dans le commerce⁽⁴⁾. Quelquefois le legs d'une chose dans le commerce est aussi nul pour des motifs particuliers :

I. Tel est d'abord le cas où la chose léguée est hors du commerce du légataire⁽⁵⁾. Mais rien ne s'oppose à ce qu'on lègue une semblable chose sous la condition de sa rentrée dans le commerce du légataire⁽⁶⁾, ou sous toute autre condition si, lors de l'accomplissement de cette dernière, le légataire est devenu capable d'acquérir la chose léguée⁽⁷⁾; le legs dont il s'agit a un objet réel, il est infecté d'un simple vice que couvre la forme conditionnelle de la disposition⁽⁸⁾.

II. Est nul sous la même restriction le legs de la propre chose du légataire; on ne peut procurer à quelqu'un une chose qu'il a déjà dans son patrimoine⁽⁹⁾. Cette nullité cesse avec son motif si l'objet légué, tout en appartenant au légataire, n'est pas sa pleine

PROUDEN, *De prælegatis*, Erlangen, 1832. — von BUCHHOLTZ, *Die Lehre von den Prælegaten* (696 pages), Léna, 1830. — VANGEROW, *Civil Archiv* XXXV, p. 260 sq. (1852).

(1) § 21 et 7, I. h. t.; L. 41, pr. i. f., D. h. t.¹. — Infra § 364-370^{bis}.

(2) § 4, I. h. t., v¹ *Sed si talis res legatum est*; L. 39, § 8-9, D. h. t.¹; L. 14 initio, C. h. t.; Voyez encore L. 39, § 10 cbn. avec § 8, D. h. t.¹. — Cf. § 7, I. h. t.

(3) L. 112, § 3, D. h. t.¹; L. 41, § 1-14, L. 43, § 1, D. eod.

(4) Arg. § 2 i. f., I. *de inutil. stipul.* 3, 19. — T. I, § 206, IV, B, 1^o.

(5) L. 49, § 2, D. h. t.²; L. 62 i. f., D. de A. R. D. 41, 1.

(6) Arg. L. 1, § 2, D. de reg. Caton. 34, 7.

(7) Arg. L. 41, § 2 i. f., D. h. t.¹; L. 18, D. h. t.²; L. 98, D. de condit. 33, 1. — Cf. T. I, § 206, IV, B, 1^o initio.

(8) Voyez encore L. 40, D. h. t.¹, puis L. 49, § 5, D. h. t.² (Cf. T. I, § 206, IV, B, 1^o initio). — (9) § 10, I. h. t.; L. 13, C. h. t., et les textes des notes 6 et 7.

propriété; alors le legs peut et doit compléter la propriété du légataire⁽¹⁰⁾.

III. Enfin, *dans certains cas* le legs d'une chose qui n'appartient ni au testateur ni au légataire, mais à l'héritier ou à un tiers, est également inefficace. En général ce legs est valable⁽¹¹⁾, car il ne renferme aucune impossibilité soit physique soit juridique : il n'y a pas d'impossibilité matérielle à se procurer la chose d'autrui, ou du moins l'impossibilité n'est jamais que relative, et il est de principe qu'alors elle retombe sur l'obligé qui doit payer des dommages et intérêts⁽¹²⁾; on ne voit pas davantage dans le legs de la chose d'autrui une impossibilité légale, quelque chose d'illicite ou d'immoral, et partant sa proscription par le législateur français est arbitraire⁽¹³⁾. Le legs de la chose d'autrui ne peut être nul que si le testateur a cru être propriétaire de l'objet légué, à cause de l'erreur dans laquelle a versé le disposant, et non parce qu'il a pour objet la chose d'autrui⁽¹⁴⁾; encore l'erreur relative à la propriété de la chose léguée n'annule-t-elle la libéralité que si elle est essentielle ou exclusive de la volonté de léguer⁽¹⁵⁾; elle est loin d'avoir toujours ce caractère :

1° Elle ne l'a jamais, s'il s'agit du legs d'une chose de l'héritier; le testateur qui a voulu forcer son héritier à remettre au légataire un bien de la succession, l'aurait également, s'il avait été détrompé, obligé à remettre un bien personnel, un bien qu'il avait par devers lui, et n'avait pas besoin de se procurer à prix d'argent⁽¹⁶⁾.

2° Si au contraire la chose léguée est propriété d'un tiers, la question de savoir si le testateur aurait éventuellement imposé à l'héritier l'obligation d'acheter de ses deniers la chose léguée, ou du moins aurait légué un bien héréditaire équivalent, cette question

(10) L. 71, § 3, L. 82, § 1, D. *h. t.*¹; L. 39, § 2, D. *eod.* — Mais voyez *infra* § 364, 1^o, chn. avec le n^o III du présent paragraphe.

(11) § 4 initio, I. *h. t.*; L. 59, § 7, D. *h. t.*¹; Cf. L. 71, § 3, D. *eod.*; L. 14, § 2, L. 30, § 6, D. *h. t.*². — (12) T. I, § 206, IV, A, 1^o. — (13) Art. 1021, C. civ. fr.

(14) § 4, I. *h. t.*, v^o *Quod autem rescripsit*; L. 36, § 1 chn. avec le pr., D. *de usu et usufr. leg.* 33, 2; L. 10, C. *h. t.* — (15) Cf. T. I, § 211.

(16) L. 67, § 8, D. *h. t.*²; L. 39, D. *de evict.* 21, 2; L. 25, C. *de fideic.* 6, 42.

doit être résolue d'après les circonstances et surtout d'après la personne du légataire ; le legs sera tantôt valable, tantôt nul⁽¹⁷⁾. Comme le legs de la chose d'autrui est le plus souvent le résultat d'une erreur du testateur au sujet de la propriété de la chose léguée, c'est au légataire à prouver l'absence d'une telle erreur⁽¹⁸⁾.

§ 333. De la forme des legs.

I. de *codicillis* 2, 23 ; D. de *jure codicillorum* 29, 7 ; C. de *codicillis* 6, 56.

WITTE, *Wriske's Rechtslexikon* II, p. 670-681 (1840).

FEIN, *Fortsetzung des Glückschen Commentars* XLIV et XLV (1831-1855).

On peut faire un legs par testament ou par codicille⁽¹⁾.

I. *Historique des codicilles*. Les codicilles apparaissent à Rome comme accompagnement des fidéicommiss, et ce fut aussi Auguste qui leur assura force obligatoire, en exécutant spontanément un fidéicommiss qu'un certain Lentulus lui avait imposé par simple codicille⁽²⁾. Ce codicille primitif était dépourvu de toute solennité ; il reposait exclusivement sur la volonté du disposant⁽³⁾. Constantin et Théodose II firent des actes solennels, l'un des codicilles *ab intestat*⁽⁴⁾, l'autre des codicilles testamentaires⁽⁵⁾. Cependant, Justinien reconnut encore l'ancien codicille privé, pourvu qu'il consistât dans une communication directe du testateur au grevé, faite de vive voix ou par écrit, et que le grevé ne déniât pas sous la foi du serment l'existence de la communication ; c'est ce qu'on appelle improprement fidéicommiss oral ou *fideicommissum heredi præsenti injunctum*⁽⁶⁾.

II. *Théorie des codicilles*. La théorie des codicilles se confond le

(17) L. 10 i. f., C. h. t.

(18) § 4 i. f., I. h. t. ; L. 21, D. de *probat.* 22, 5. — Voyez encore § 11, I. h. t.

(1) § 2 in medio, I. h. t. ; L. 2, C. h. t. — (2) Pr., I. h. t.

(5) Pr., I. cit. ; L. 89, pr., D. de *leg.* 2^o, 51 ; L. 57, § 2, D. de *leg.* 5^o, 52.

(4) L. 1, C. Théod. de *testam. et codic.* 4, 4.

(5) L. 7, § 2, C. Théod. *cod.* — L. 8, § 5, C. J. h. t.

(6) § 12, I. de *fideic. hered.* 2, 25 ; L. 52, C. de *fideic.* 6, 42. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 528, *Anm.* — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 629.

plus souvent avec celle des testaments⁽⁷⁾ ; les codicilles sont également écrits ou oraux⁽⁸⁾, ordinaires ou extraordinaires⁽⁹⁾. Il n'y a que trois différences. Les codicilles ne peuvent servir qu'à faire des legs ou des dispositions analogues⁽¹⁰⁾, et non des institutions d'héritier ou d'autres dispositions similaires⁽¹¹⁾. Ils ne requièrent que cinq témoins au lieu de sept⁽¹²⁾. Enfin, quelqu'un peut laisser un testament et un ou plusieurs codicilles ; le codicille antérieur n'est révoqué par le codicille ou par le testament subséquents que pour les dispositions incompatibles avec ces derniers⁽¹³⁾. Il nous reste à examiner deux divisions des codicilles, auxquelles se rattachent des règles importantes :

A) Les codicilles se divisent en testamentaires et *ab intestat*, selon que leur auteur laisse ou non un testament⁽¹⁴⁾. Tandis que les codicilles *ab intestat* sont des actes qui subsistent par eux-mêmes⁽¹⁵⁾, les codicilles testamentaires sont dominés par le principe qu'ils forment des accessoires du testament⁽¹⁶⁾. En conséquence ils tombent avec le testament, bien qu'eux-mêmes ne renferment aucun vice⁽¹⁷⁾ ; ensuite, pour savoir si une disposition codicillaire est valable en droit, il faut la reporter à l'époque de la confection du testament, en la considérant comme une partie intégrante du testament (fiction codicillaire)⁽¹⁸⁾ ; l'époque de la confection du codicille n'a de l'importance que

(7) L. 2, pr., § 1 et 3, L. 6, § 3-4, L. 8, § 2-3, L. 9, D. h. t. ; L. 28, C. de testam. 6, 25.

(8) L. 8, § 3, C. h. t. ; L. 21, D. de leg. 3^o, 52 ; L. 3, § 1, D. de re judic. 42, 1 ; L. 22, C. de fideic. 6, 42.

(9) L. 8, pr. i. f., C. qui testam. fac. poss. 6, 22, et Arg. L. 21, D. de R. J. 50, 17. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 628.

(10) § 2 in medio, I. h. t., cbn. avec § 10, I. de fideic. hered. 2, 23 ; L. 3, pr., D. de testam. tut. 26, 2 ; L. 43, D. de monum. testam. 40, 4 ; L. 2, C. h. t.

(11) § 2, I. h. t. ; L. 2, § 4, L. 6, pr., L. 10, L. 17, D. h. t. ; L. 7, C. h. t. — T. II, § 323.

(12) L. 8, § 5, C. h. t. ; L. 28, § 1 i. f., C. de testam. 6, 25 ; Non obstat § 3 i. f., I. h. t.

(13) § 3 initio, I. h. t. ; L. 6, § 1 initio, D. h. t. ; § 2 i. f., I. h. t. ; L. 3, D. h. t. ; L. 3, C. h. t. — T. II, § 357, I, A, 2^o, a. — (14) § 1 initio, I. h. t. — (15) L. 16 i. f., D. h. t.

(16) L. 14, pr., v^u quod codicilli pro parte testamenti habeantur, D. h. t. ; L. 11 initio, D. testam. quemadm. aper. 29, 3.

(17) L. 3, § 2, L. 14, pr., v^u quod codicilli pro parte testamenti habeantur observationemque et legem juris inde traditam servant, L. 16 i. f., D. h. t. ; L. 1 initio, C. h. t.

(18) L. 2, § 2 initio, L. 16, v^u ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset,

pour les questions de fait⁽¹⁹⁾. Les codicilles testamentaires peuvent précéder ou suivre le testament⁽²⁰⁾, et dans les deux hypothèses avoir été ou non confirmés par le testament⁽²¹⁾, sans souffrir de l'absence d'une confirmation⁽²²⁾. Néanmoins un codicille testamentaire confirmé est indispensable pour nommer un tuteur⁽²³⁾ ou affranchir un esclave⁽²⁴⁾; faits par un codicille testamentaire non confirmé ou par un codicille *ab intestat*, la nomination du tuteur a besoin d'être confirmée par le magistrat⁽²⁵⁾ et l'affranchissement n'est que fidéicommissaire⁽²⁶⁾; mais, depuis l'assimilation des legs aux fidéicommissis, les uns et les autres peuvent se faire par n'importe quel codicille⁽²⁷⁾.

B) Nous distinguons en second lieu des codicilles proprement dits, auxquels le disposant a directement attribué ce caractère, et des codicilles par voie de conversion : les derniers devaient dans la pensée du testateur valoir comme testament, mais ne pouvant produire leurs effets comme tels, ils sont maintenus à titre de codicilles. Cette transformation a quelquefois lieu de plein droit : tel est surtout le cas où quelqu'un fait successivement deux testaments, sans avoir l'intention de révoquer le premier par le second ; le premier vaut alors comme codicille⁽²⁸⁾. Mais il faut généralement pour la conversion d'un testament en codicille une déclaration du disposant, car la

pertinent codicilli, D. h. t. — L. 2, *v^o Ideoque servo*., L. 8, § 3, D. h. t. — L. 7, pr., D. h. t., ebn. avec L. 12, § 3, D. *de capt. et de postlim.* 49, 13, et L. 8, § 3, D. h. t.

(19) L. 7, § 1 initio, D. h. t.; L. 1 i. f., C. *de testam. manum.* 7, 2. — L. 7, § 1, *v^o veluti si ita*., D. h. t.; L. 2, pr. et § 1, L. 6, § 4, L. 14-13, D. h. t.; L. 4, L. 8, § 4, D. h. t.; L. 1, C. *de testam. manum.* 7, 2. — (20) § 1 initio, l. h. t.; L. 18, D. h. t.

(21) L. 8, pr., l. 18, D. h. t.; L. 6, C. h. t.

(22) § 1, l. h. t., *v^o Sed quum*., L. 3, § 2, L. 6, § 4, D. h. t.

(23) L. 3, pr., D. *de testam. tut.* 26, 2. — T. I, § 46, I, 2^o.

(24) L. 43 initio, D. *de manum. testam.* 40, 4. — T. II, § 501^{bis}, III, A, 2^o.

(25) L. 1, § 1 i. f., D. *de confirm. tut.* 26, 3. — T. I, § 46, II, 1^o.

(26) L. 43 i. f., D. *de manum. testam.* 40, 4. — T. II, § 501^{bis}, III, A, 2^o, a.

(27) § 3 in medio, l. *de leg.* 2, 20 ; L. 2, C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43.

(28) § 3, l. *quib. mod. testam. infirm.* 2, 17 ; L. 12, § 1 i. f., D. *de inf. . . testam.* 28, 3 ; L. 29, D. *ad actum Trebell.* 36, 1 (T. II, § 337, I, A, 2^o, a). — Voyez encore 2^o L. 26, C. *fam. ereisc.* 3, 56 ; Cf. L. 1, C. *Théod. cod.* 2, 24. — 5^o L. 2 i. f., D. *de inf. . . testam.* 28, 3 ; L. 21, § 3, D. *de testam.* 6, 23. — 4^o L. 38, D. *de fideic. libert.* 40, 3.

loi est impuissante à suppléer à une volonté non exprimée⁽²⁹⁾ ; une telle déclaration s'appelle clause codicillaire⁽³⁰⁾.

1° La clause codicillaire ne produit de l'effet que pour autant que l'acte nul comme testament réunit au moins les conditions du codicille⁽³¹⁾. Il faut de plus que l'institué ait opté pour le bénéfice de la clause ; s'il s'est prononcé pour l'institution pure et simple, il est censé avoir renoncé à la clause codicillaire dans le cas où la nullité du testament serait ultérieurement établie⁽³²⁾, à moins qu'il ne soit un descendant ou un ascendant du testateur⁽³³⁾.

2° L'effet éventuel de la clause codicillaire est de faire considérer le testament comme codicille : les institutions d'héritier sont transformées en fidéicommiss universels, à exécuter par les héritiers *ab intestat* ou par les héritiers testamentaires institués dans un autre testament⁽³⁴⁾.

SECTION II. -- DU LEGS DÉFOURVU DE L'UNE DES CONDITIONS REQUISES ; § 536.

D. de regula Catoniana 34, 7.

HARNIER. *De regula Catoniana*. Heidelberg, 1820.

ARNDTS. *Rheinisches Museum* V, p. 204-234 (1855).

MACHELARD. *Étude sur la règle Catonienne en droit romain*. Paris, 1862.

I. Le legs auquel il manque l'une des conditions essentielles de sa validité, par conséquent celui qui est fait par un incapable, à un incapable ou à charge d'un incapable, comme celui qui n'a pas d'objet ou qui présente un vice de forme, ce legs est juridiquement inexistant et condamné à demeurer toujours tel, nonobstant la disparition de la

(29) L. 1, D. h. t. ; L. 41, § 3, D. de V. et P. S. 28, 6, v^{is} Quæ ita expressum est ; L. 8, § 1, C. h. t.

(30) TAUCHERT, *De clausula codicillari*, Halle, 1822. — SICKEL (præs. Einert), *De vi clausulæ codicillaris in testamento nullo*, Leipzig, 1829. — HEIMBACH (senior), *Weiske's Rechtslexikon* X, p. 989-1008 (1856). — (51) Arg. L. 1 i. f., D. h. t.

(52) L. 8, pr. et § 1 i. f., C. h. t.

(53) avec cette restriction assez inutile pour les descendants qu'ils doivent être cognats des trois premiers degrés ou agnats du quatrième : L. 8, § 2, C. h. t.

(54) L. 88, § 17, D. de leg. 2^o, 51 ; L. 2, § 4 i. f., D. h. t. ; L. 1, C. h. t., v^{is} Sed quum

cause de nullité; en effet, on ne conçoit pas que le néant arrive jamais à l'existence; l'on doit en décider ainsi bien que le legs ne soit pas destiné à s'ouvrir avant la mort du testateur⁽¹⁾. Cette application aux legs du principe général *quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest*⁽²⁾, fut traduite en ces termes, qu'un legs qui eût été nul si le testateur était mort aussitôt après l'avoir fait, devait rester nul quelle que fût l'époque de sa mort; cette formule fut trouvée par Caton l'Ancien, le censeur, ou plutôt par son fils, et prit le nom de règle Catonienne⁽³⁾. D'après les explications précédentes, la règle Catonienne ne concerne pas :

1° Les legs faits aux personnes déclarées incapables par les lois Julia et Papia Poppæa et Junia Norbana; de tels legs n'étaient pas inexistantes : le légataire devait seulement, pour pouvoir les recueillir, purger son incapacité dans le délai légal⁽⁴⁾.

2° Il en est de même du legs conditionnel d'une chose hors du commerce du légataire ou qui se trouve déjà dans son patrimoine; la forme conditionnelle du legs en couvre le vice⁽⁵⁾.

II. Quant à la question de savoir à qui profite la nullité d'un legs, nous nous référons à la question corrélatrice soulevée par l'infirmité des legs⁽⁶⁾.

(1) L. 20, L. 201, D. de R. J. 30, 17. — § 32, I. h. t., cbn. avec GAIUS, II, 244; § 10 i. f., I. h. t.; L. 41, § 2 in medio, D. de leg. 1^o, 50; Arg. § 2 i. f., I. de inutil. stipul. 3, 19.

(2) L. 20, L. 201, D. de R. J. 30, 17. — (3) L. 1, pr., D. h. t.; § 32 in medio, I. h. t.

(4) L. 3, D. h. t. (T. II, § 318, I, A, 7^o). — Voyez encore § 33, I. h. t., cbn. avec GAIUS, II, 243.

(5) L. 1, § 2, D. h. t.; L. 41, § 2 i. f., D. de leg. 1^o, 50; L. 18, D. de leg. 2^o, 51; L. 98, D. de condit. 35, 1 (T. II, § 334, I et II). — Voyez : 2^o § 52 i. f., I. h. t., cbn. avec GAIUS, II, 244. — 3^o L. 1, § 1, L. 2-3, D. h. t. — Cf. L. 4 cbn. avec L. 3, D. h. t.

(6) T. II, § 360.

CHAPITRE III. — DE L'INFORMATION DES LEGS.

SECTION I. — DES CAUSES DE CETTE INFORMATION.

§ 337. *Des causes d'information relatives au disposant.*

Ces causes sont l'incapacité du testateur, survenue après la confection du legs et ayant persisté jusqu'au décès⁽¹⁾, et surtout la révocation du legs.

1. *de ademtione et translatione legatorum* 2, 21;
D. *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis* 34, 4.

1. *De la révocation pure et simple.* A la différence de ce que nous avons vu pour le testament⁽²⁾, le legs peut être révoqué par toute manifestation de volonté⁽³⁾, expresse ou tacite; c'est le principe des anciens fideicommiss⁽⁴⁾; par contre, les legs n'étaient révoqués de plein droit que dans la forme requise pour leur confection et par les mêmes termes affectés de la particule *non*, toute autre révocation n'opérait que par voie d'exception⁽⁵⁾. Un cas intéressant de révocation tacite du legs est l'aliénation volontaire de la chose léguée : en se dépouillant sans la moindre nécessité de la chose léguée, le testateur exprime aussi clairement que possible l'intention de ne pas en gratifier le légataire; mais on ne pourrait conclure d'une aliénation forcée à un pareil changement de volonté⁽⁶⁾; l'une et l'autre règle ne valent d'ailleurs que jusqu'à preuve contraire⁽⁷⁾; le simple fait de la réacquisition de la chose volontairement aliénée n'établit pas encore l'intention du disposant de revenir sur la révocation⁽⁸⁾. Par application de la même distinction entre l'aliénation volontaire et l'aliénation forcée, si le testateur a aliéné partiellement la chose

(1) T. II, § 233, I. — (2) T. II, § 557, I, A, 2°.

(3) Pr., I. h. t.; L. 16, D. h. t.; L. 3, § 11, D. h. t., et L. 27, C. de fideic. 6, 42, cbn. avec L. 2, C. comm. de leg. et fideic. 6, 43.

(4) L. 3, § 11, D. h. t.; L. 27, C. de fideic. 6, 42.

(5) Ulpian, XXIV, 29, et II, 12; Arg. L. 2, pr., D. h. t.; L. 3, § 11 i. f., et L. 13, D. h. t.

(6) L. 18, L. 24, § 1, D. h. t.; L. 11, § 12 initio, D. de leg. 5°, 32.

(7) § 12 initio, I. de leg. 2, 20; L. 11, § 12 i. f., D. de leg. 5°, 32. — (8) L. 13, D. h. t.

léguaire ou concédé des droits réels sur elle, tantôt le legs sera révoqué pour la partie aliénée ou le légataire devra accepter la chose grevée du droit réel, tantôt le légataire n'en conservera pas moins son droit à toute la chose ou pourra exiger sa libération du grevé (9).

II. *De la translation du legs.* 1° La translation est dans la théorie des legs ce qu'est la novation dans les obligations : c'est la substitution d'un legs nouveau à l'ancien. La translation est également objective ou subjective. Elle est objective quand elle apporte un changement à l'objet du legs, à sa modalité ou à ses accessoires (10); remarquons à ce sujet que si le testateur révoque conditionnellement le legs, il est censé vouloir faire un legs nouveau subordonné à une condition suspensive contraire à celle de la révocation (11). La translation est subjective si elle change l'une des personnes qui figurent dans le legs, soit le légataire, soit le grevé (12).

2° La translation d'un legs suppose l'intention constante de révoquer; elle ne se présume jamais, pas plus que toute autre révocation; dans le doute, l'ancien legs doit être maintenu concurremment avec le nouveau (13). Mais réciproquement, dès que la volonté de révoquer est établie, il y a révocation de l'ancien legs, peu importe que le nouveau soit nul (14) ou inefficace (15).

(9) § 12 i. f., I. *de leg.* 2, 20. — *PALL.* III, 6, § 16; § 12 in medio, I. *de leg.* 2, 20; L. 5, C. *h. t.*, 6, 57. — Pour d'autres révocations tacites du legs, voyez : 1° L. 6, pr. et § 1, D. *de auro, arg. leg.* 34, 2; L. 88, pr. et § 1, D. *de leg.* 5°, 52; L. 63, § 2 i. f., D. *de leg.* 1°, 50; Cf. L. 24, § 4, L. 44, § 2 5, D. *de leg.* 1°, 50; L. 49, § 5, L. 88, § 5, D. *de leg.* 5°, 52; Cf. encore L. 63, § 2, D. *de leg.* 1°, 50; L. 59, D. *de leg.* 2°, 51, contra L. 79, § 2, D. *cod.* — 2° L. 5, § 11, L. 4, L. 22, D. *h. t.*; L. 9, pr., D. *de his, quæ ut ind. aufer.* 34, 9. — L. 15, L. 29, D. *h. t.*; L. 9, § 1, D. *de his, quæ ut ind. aufer.* 34, 9. — L. 49, § 6, D. *de leg.* 5°, 52. — L. 9, § 2, D. *de his, quæ ut ind. aufer.* 34, 9. — 5° L. 51, § 1, D. *h. t.*; Cf. L. 17, pr., D. *de leg.* 2°, 51. — Voyez aussi L. 5, § 7, D. *h. t.*; Contra L. 10, pr., D. *de reb. dub.* 34, 5. — (10) L. 6, pr. i. f., D. *h. t.*

(11) L. 14, pr., L. 10, pr., D. *h. t.*; L. 107 i. f., D. *de condit.* 53, 1.

(12) § 1, I. *h. t.*; L. 5, L. 6, pr. initio, D. *h. t.*

(13) L. 6, § 1-2, L. 7, D. *h. t.*; L. 23, pr., C. *h. t.*, 6, 57. — § 1, I. *h. t.*, et L. 5, D. *h. t.*, ebn. avec L. 53, D. *de leg.* 1°, 50; L. 9, D. *h. t.*

(14) L. 20, D. *h. t.*; L. 54, pr. initio, D. *de leg.* 1°, 50. — (15) L. 8, D. *h. t.*

§ 338. *Des causes d'infirmité relatives au légataire.*

Ce groupe de causes d'infirmité des legs comprend le décès (1) ou l'incapacité (2) du légataire lors de l'ouverture provisoire du legs, sa renonciation au bénéfice du legs, renonciation qui est soumise à des règles analogues à celles de l'acceptation (3), enfin le concours du legs avec une seconde cause lucrative. Un tel concours existe quand la chose léguée est acquise par le légataire sur le fondement d'un second titre gratuit (4); cette caducité du legs n'est qu'un corollaire du principe qu'on ne peut léguer à quelqu'un sa propre chose (5). Il résulte déjà de là que, pour qu'il y ait infirmité du legs, le légataire doit avoir acquis la chose léguée en nature (6) et d'une manière complète (7); évidemment l'acquisition doit s'être faite à titre gratuit, puisque, dans l'hypothèse d'une acquisition à titre onéreux, il est conforme à la pensée du testateur que le légataire obtienne du grevé le prix d'acquisition (8).

§ 339. *Des causes d'infirmité relatives au grevé.*

FRANCKE. *Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien* p. 111-161. Göttingen, 1828.

Le plus souvent le legs subsiste bien que le grevé n'arrive pas à sa propre libéralité; il est dû alors, d'après la volonté présumée du testateur, par celui qui profite de la défaillance du grevé (1). Il y a exception :

§ 338. — (1) T. II, § 331, I. — (2) T. II, § 333, II. — (3) *Infra* § 361.

(4) § 6, I. h. t., *viz si vero ex causa lucrativa..... concurrere non posse.*

(5) T. II, § 334, II. — (6) § 6 i. f., I. h. t.

(7) L. 82, pr., D. h. t.¹; Arg. L. 71, § 3, et L. 86, § 4, D. eod.

(8) § 6 initio, I. h. t.; L. 34, § 7, D. h. t.¹; L. 75, D. h. t.²; L. 102, § 2, D. h. t.³. — L. 34, § 8, D. h. t.¹. — § 9, I. h. t.; L. 82, § 2, D. h. t.¹. — Voyez encore L. 21, § 1, D. h. t.³.

§ 339. — (1) L. 77, § 7 i. f., L. 82, § 1, D. h. t.²; L. 4 i. f., C. ad scdm Trebell. 6, 49 (T. II, § 529, I, 1^o). — L. 49, § 4, L. 61, § 1, L. 77, § 7, D. h. t.²; L. 4, C. ad scdm Trebell. 6, 49; L. un., § 10 et 11, *viz Ubi autem..... cum omni suo onere accrescere, C. de cad. toll.* 6, 31 (T. II, § 559, II, 1^o i. f., et § 560, II, A, 2^o). — L. 29, pr., D. h. t.²; L. un., § 4 et 9, *viz Ne autem hoc..... adimpleatur, C. de cad. toll.* 6, 31 (T. II, § 560 initio). — L. 96, § 1, D. h. t.¹ (T. II, § 524, I, E, 4^o).

1° Si le legs consiste dans une charge purement personnelle au grevé défailant, à cause de la nature même du legs⁽²⁾.

2° S'il s'agit d'une arrière-legs imposé sur un legs inexistant qui demeure au grevé; en effet, dans l'espèce l'arrière-legs est également réputé non écrit à titre d'accessoire du legs principal, et ce dernier reste au grevé en vertu de sa propre libéralité⁽³⁾.

3° Si l'hérédité est déférée des héritiers testamentaires aux héritiers *ab intestat*⁽⁴⁾ ou parmi ceux-ci à des héritiers subséquents⁽⁵⁾, car le legs ne forme qu'un accessoire de l'hérédité et tombe avec elle⁽⁶⁾.

4° Si une portion de legs accroit à un colégataire appelé au même legs par une disposition séparée, comme nous l'expliquerons bientôt⁽⁷⁾.

§ 339^{bis}. *Des causes d'infirmité relatives à la chose léguée.*

Enfin le legs s'éteint par la perte physique⁽¹⁾ ou légale⁽²⁾ de la chose léguée; s'il reste des accessoires, ils ne sont pas dus au légataire, mais suivent la condition du principal⁽³⁾. Quant à la perte partielle, elle entraîne une extinction correspondante du legs; la partie restante demeure seule due⁽⁴⁾, et encore seulement si l'ancienne individualité de la chose léguée n'a pas disparu; s'il n'y a plus que des débris, le legs a péri pour le tout⁽⁵⁾. Dans ce qui précède nous avons supposé une perte non imputable au grevé⁽⁶⁾.

§ 339. — (2) L. un., § 9, C. de cad. toll. 6, § 1, *vis Sin vero talis relinquebat.*

(3) L. un., § 5 i. f. et 9 i. f., C. eod., eba. avec L. 5, D. de his, quæ pro non script. hab. 34, 8, et L. 26, § 6, D. de fideic. libert. 40, 5 (T. II, § 560 initio). — (4) L. 81, D. h. t.².

(5) L. 1, § 9, D. h. t.². — (6) T. II, § 548, I, 1^o.

(7) L. un., § 11, C. de cad. toll. 6, § 1, *vis Sin autem legatum imminutum habet* (T. II, § 560, II, A, 2^o).

§ 339^{bis}. — (1) § 16, I. h. t., *vis Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit*; L. 26, § 1, D. h. t.¹; L. 22, § 2, D. h. t.²; L. 21, pr. et § 1, D. de liber. leg. 34, 3.

(2) § 16, I. h. t., *vis Et si servus non tenetur heres*; L. 41, § 13, D. h. t.¹.

(3) § 17, I. h. t., *vis Sed si servus*; L. 63, § 1, D. h. t.²; L. 1-2, D. de pec. leg. 33, 8.

(4) § 17, *vis Si quis vicarii legato cedunt*, et § 18 initio, I. h. t.; L. 22 i. f., D. h. t.¹. — (5) L. 49, pr., D. h. t.²; L. 88, § 2, D. h. t.².

(6) § 16, I. h. t.; L. 41, § 16, L. 43, pr., D. h. t.¹.

SECTION II. — DES SUITES DE L'INFORMATION DES LEGS; § 360. *

Un legs infirmé est dévolu successivement aux substitués⁽¹⁾, aux colégataires en vertu du droit d'accroissement⁽²⁾ et aux grevés⁽³⁾. La substitution en matière de legs est régie, autant que la nature des choses le permet, par la même théorie que la substitution héréditaire⁽⁴⁾. Quant aux grevés, le legs infirmé leur profite comme il leur eût nui s'il avait dû recevoir son exécution, chacun est dispensé de l'obligation de contribuer à cette exécution⁽⁵⁾; le legs leur demeure d'ailleurs forcément, puisqu'il fait partie intégrante de leur propre libéralité⁽⁶⁾, et avec les charges qui y sont imposées, car ces charges forment des accessoires du legs⁽⁷⁾; il faut en excepter les charges qui ont un caractère personnel vis-à-vis du défaillant⁽⁸⁾, et celles qui établies sur un legs inexistant, sont inexistantes comme lui⁽⁹⁾. Il nous reste à exposer l'importante théorie de l'accroissement entre colégataires.

D. de usufructu accrescendo 7, 2; C. de caducis tollendis 6, 51.

MAYER. *Das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen* p. 83-250. Tübingen, 1835.

SCHNEIDER. *Das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die kadukarischen Bestimmungen der lex Julia et Papia*. Berlin, 1857.

WITTE. *Weiske's Rechtslexikon* I, p. 515-525 (1859).

MACHELARD. *De l'accroissement entre cohéritiers et colégataires. Études sur les lois Julia et Papia Poppæ* p. 1-3, 13-41, 93-163, 171-278, 512-550. Paris, 1860.

DWORZAK. *Beiträge zur Lehre vom jus accrescendi*. Vienne, 1861.

(1) L. 30, pr. initio, D. h. t.²; L. 3, pr., D. de adim. v. transfer. leg. 34, 4; L. un., § 3 in medio, 4 in medio et 7 i. f., C. de cad. toll. 6, 51.

(2) § 8, I. h. t.; L. un. citée, l. c.

(3) L. 17, pr., L. 60, D. h. t.²; L. un., § 3, 4 et 7 i. f., C. de cad. toll. 6, 51.

(4) T. II, § 329, I.

(5) L. un., § 8 et 9, v^o *Hoc videlicet..... subeant*, C. de cad. toll. 6, 51.

(6) Arg. L. un., § 3 initio, 4 initio et 7 i. f., C. citée.

(7) L. un., § 4 i. f. et 9, v^o *Ne autem..... adimpleatur*, C. citée.

(8) L. un., § 9, C. citée, v^o *Sin vero talis..... relinquebat*, et v^o *Et hoc locum habente..... fiebant*.

(9) L. un., § 3 i. f. et 9 i. f., C. citée, ehn. avec L. 3, D. de his, quæ non script. hab. 34, 8, et L. 26, § 6, D. de fideic. libert. 40, 3.

GLASSON. *Du droit d'accroissement entre cohéritiers et entre colégataires* p. 79-112. Strasbourg, 1862.

VAN WETTER. *Droit d'accroissement entre colégataires* (avec une étude incidente sur la loi Julia et Papia Poppæa). Bruxelles, 1866.

I. NOTION ET HISTORIQUE. L'accroissement entre colégataires est le droit en vertu duquel, lorsqu'un seul et même legs est fait à plusieurs, ceux qui y arrivent sont aussi appelés aux parts des défaillants.

1° Depuis l'époque républicaine jusqu'à Justinien l'accroissement ne fonctionna que dans les legs de propriété⁽¹⁾; il était inconnu dans les legs d'obligation, parmi lesquels il faut comprendre les fidéicommiss : c'était le grevé qui y profitait des parts des défaillants, les colégataires arrivés au legs demeuraient toujours réduits à ce qu'ils avaient obtenu directement et en vue du concours⁽²⁾. Voici l'explication de cette exclusion de l'accroissement dans les legs d'obligation : lorsqu'une même chose est due à plusieurs, il se forme autant de créances distinctes et indépendantes qu'il y a de créanciers; or l'accroissement entre colégataires suppose un legs identique⁽³⁾.

2° L'accroissement dans les legs de propriété fut lui-même supprimé en thèse générale par la loi Julia et Papia Poppæa, et remplacé par le système de dévolution de parts caduques dont nous avons fait connaître les éléments à l'occasion de l'accroissement entre cohéritiers⁽⁴⁾; entre les *patres*, c'étaient ici les légataires conjoints, et non les héritiers conjoints, qui étaient appelés les premiers à la portion de legs caduque⁽⁵⁾. L'accroissement entre colégataires ne fut maintenu qu'au profit des descendants ou ascendants institués

(1) GAIUS, II, 199; ULPIN, XXIV, 12 i. f. — GAIUS, II, 225, ebb. avec le GAIUS *Vist-goth* II, 5, § 7.

(2) GAIUS, II, 203; ULPIN, XXIV, 15 in medio; *Vatic. fragm.* 83 initio. — *Vatic. fragm.* 85 in medio. — *Vatic. fragm.* 83 i. f. — Voyez infra § 562, II, 1^{re}.

(3) Pour le surplus les opinions sont très-partagées sur cette question : voyez notre *Accroissement* n^{os} 35-58.

(4) GAIUS, II, 206 et 208; ULPIN, XXIV, 12 i. f. et 15 in medio. — T. II, § 559, I.

(5) GAIUS, II, 207.

héritiers⁽⁶⁾, pour les legs inexistants⁽⁷⁾ et dans le legs d'usufruit; ce dernier legs devint ainsi le refuge de l'ancienne théorie⁽⁸⁾.

5° Le système caducaire, comme il a été expliqué ailleurs⁽⁹⁾, fut aboli par les empereurs Honorius, Théodose II⁽¹⁰⁾ et Justinien⁽¹¹⁾. Mais Justinien ne s'en tint pas là : il admit l'accroissement dans les legs d'obligation comme dans les legs de propriété⁽¹²⁾.

II. THÉORIE DE L'ACCROISSEMENT ENTRE COLÉGATAIRES.

A) *Règles communes à tous les legs.* La plupart de ces règles sont empruntées à la théorie de l'accroissement entre cohéritiers⁽¹³⁾; mais il y a deux différences capitales :

1° La condition essentielle de notre accroissement consiste dans la vocation à un seul et même legs; des legs distincts n'accroissent jamais l'un à l'autre; c'est que le légataire n'a pas comme l'héritier un droit éventuel à l'universalité de la succession; il demeure toujours limité à sa libéralité, faute de succéder directement au testateur⁽¹⁴⁾. Par conséquent, il n'y a d'accroissement possible qu'au profit des légataires en conjonction réelle avec le défaillant (*re conjuncti*), qu'ils soient ou non en même temps conjoints par la disposition (*re et verbis conjuncti*, *re tantum conjuncti*); les simples conjoints par les termes (*verbis tantum conjuncti*) n'y participent point, pas plus que ceux qui ne sont conjoints ni par la chose ni par la disposition⁽¹⁵⁾. Ce principe qui n'aurait pas dû souffrir de contestation, puisqu'il dérive de l'essence même de l'accroissement entre

(6) et des trois premiers degrés : ULPÏEN, XVIII, 1, ebn. avec XVII, 2 i. f.

(7) ULPÏEN, XVII, 1 initio; Arg. L. un., § 5, C. h. t.

(8) Arg. D. h. t., et L. 9, D. de usu et usufr. leg. 53, 2, *vis penes quem ususfructus remanet*, ebn. avec ULPÏEN, XXIV, 15 in medio, et GAÏUS, II, 206. — (9) T. II, § 559, 1 i. f.

(10) L. 1, C. de jure liber. 8, 59 (L. 5, C. Théod. eod. 8, 17); Nov. 78, c. 5 in medio.

(11) L. un., pr. et § 14, C. h. t. — (12) § 8, I. h. t.; L. un., § 11, C. h. t.

(13) L. 41, pr., D. de leg. 2^o, 51; L. un., § 11, C. h. t., *vis pro sua portione, pro virili portione*, ebn. avec L. 54, pr. i. f., D. de leg. 1^o, 50. — L. 1, § 2 i. f., D. h. t.; L. 26, § 1 i. f., D. de usu et usufr. leg. 53, 2; Cf. L. 1, § 2 initio, D. h. t.

(14) Vatic. fragm. 79 i. f.; L. 5, pr. i. f., D. h. t.; L. 1, pr., D. h. t.; L. 80, D. de leg. 5^o, 52; GAÏUS, II, 199; ULPÏEN, XXIV, 12; § 8, I. h. t., 2, 20.

(15) GAÏUS, II, 199; ULPÏEN, XXIV, 12; § 8, I. h. t.; L. 1, § 4, L. 2, L. 5, pr. initio, L. 11-12, D. h. t.; L. 20, D. de leg. 2^o, 51; L. 80, L. 89, D. de leg. 5^o, 52, *vis semper partes habent legatarii*; Non obstat le surplus de la loi 80.

colégataires, est admis par la grande majorité des interprètes modernes du droit romain (16); ce n'est qu'au point de vue de la législation de Justinien qu'il rencontre encore quelques rares adversaires (17).

2° Dans l'ancien droit, l'accroissement dans les legs, comme celui entre cohéritiers (18), opérait forcément (19) et sans l'obligation de supporter les charges imposées au défaillant (20); c'était une application rigoureuse du principe que l'accroissement constitue moins une acquisition nouvelle que le développement du droit personnel au legs (21). Justinien ne conserva ces règles que pour les colégataires appelés par des dispositions distinctes (22); pour ceux réunis dans la même phrase, il posa des règles diamétralement contraires : il rendit à leur égard l'accroissement facultatif (23), mais en les obligeant, en cas d'acceptation, à exécuter les charges imposées au légataire défaillant (24); au lieu d'opérer *invito et sine onere*, l'accroissement opérait

(16) Voyez en notre sens WARSKOENIG, *Comment.* III, n° 1130 et note 3 de la p. 453. — MEYER, in Schweppe's *Röm. Privatrecht* V, § 917 i. f. — ROSSHIRT, l. c. I, p. 605 sq. — SCHNEIDER, l. c. p. 270-282. — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 524. — MACKELDEY, *Lehrb.* II, § 715. — GOESCHEN, *Vorles.* III (2), § 1031, 2°. — THIBAUT, *System* II, § 996 initio. — MÜHLENBRUCH, *Fortsetzung von Glück* XLIII, p. 556-558 ebn. avec p. 553-556 (Contre MÜHLENBRUCH's *Lehrb.* III, § 790 et note 3). — BURCHARDI, *Lehrb.* III, § 372 initio et III, 1°, avec les notes 10, 11 et 20. — PUCHTA, *Pand.* § 342, et *Vorles.* II, eod. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* III, § 621, 5°, et note 3. — DE FRESQUET, *Traité élém. de D. R.* I, p. 475. — MACHELARD, l. c. p. 514-517. — BRINZ, *Lehrb.* § 221 i. f. — KELLER, *Pand.* § 387 ebn. avec § 486, 2°, et note 3. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 215 i. f. — VERING, l. c. p. 729. — DWORZAK, l. c. p. 42 sq. et 73 sq. — GLASSON, l. c. p. 91-92 et 103-107. — TEWES, l. c. II, § 97. — NAMUR, *Institutes* II, § 568, 2°. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 547, *Anm.* — LARICHE, *Institutes* I, n° 1298 et 1511. — ARNDTS, *Lehrb.* § 536 et *Anm.* 3. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 644, 2°, et notes 12-15. — Cf. MÜLLER, *Lehrb.* § 212, 5°, et note 10. — Voyez aussi notre *Accroissement* p. 103-128 et 518-552.

(17) Tels sont HOLTJUS, *Thémis* IX, p. 242-252. — RUDORFF, *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss.* VI, p. 426. — MAYER, *Anwachsung* p. 215-225. — WITTE, l. c. p. 519-520 et note 252. — ORTOLAN, *Instituts* I, ad § 8, l. h. t., 2, 20. — DEMANGEAT, *Cours élém. de D. R.* I, p. 759. — (18) T. II, § 559, II, 1°.

(19) L. 40, D. de leg. 2°, 31; Cf. L. 54, L. 55, L. 56, pr., D. ad leg. Aquil. 9, 2.

(20) L. 50, L. 54, § 1, D. de condit. 33, 1.

(21) *Vatic. fragm.* 79 i. f.; L. 5, pr. i. f., D. h. t.; L. 80, D. de leg. 3°, 32.

(22) L. un., § 11, C. h. t., v¹o *Sin vero non omnes legatarii. legatum imminutum habet.* — (23) L. un., § 11, C. cit., v¹o *Sin vero pars quædam. id totum accedere.*

(24) L. un., § 11, C. cit., v¹o *cum omni suo onere*, sans en excepter les legs inexistantes, car la loi ne distingue pas; en ce sens FRANCKE, *Beiträge* p. 123-127. — WITTE, l. c.

maintenant pour le légataire conjoint *volenti sed cum onere*. Justinien se fonde à l'évidence sur la considération suivante : le testateur, en léguant une chose à plusieurs personnes par la même disposition, ne donne directement à chacune d'elles qu'une portion virile, et seulement d'une manière éventuelle les parts des défaillants ; ainsi s'expliquent la possibilité de répudier cette seconde libéralité et l'obligation de l'accepter telle quelle. Par contre, les *re tantum conjuncti* tiennent de leur vocation séparée un droit personnel à la totalité du legs ; ils l'acquièrent le cas échéant pour le tout en vertu de leur droit propre, mais aussi avec les seules charges qui leur ont été personnellement imposées⁽²⁵⁾.

Il est à remarquer qu'en matière de legs, les locutions *conjunctim legare* et *disjunctim legare* indiquent respectivement l'existence et l'absence d'une conjonction verbale à côté de la conjonction réelle, distinction qui a obtenu une si grande importance dans le droit de Justinien⁽²⁶⁾.

B) Règles spéciales au legs d'usufruit.

LELIÈVRE. *Dissertatio historico-juridica inauguralis de usufructu accrescendo*. Louvain, 1827.

HEIMSOETH. *De usufructu accrescendo ex jure Romano*. Cologne, 1851.

L'usufruit étant un droit limité par rapport au temps, est de nature à pouvoir accroître même après avoir été acquis, notamment si l'un des colégataires arrivés au legs perd sa portion d'usufruit⁽²⁷⁾. Cet accroissement subséquent est un corollaire logique de la vocation de chaque légataire à la totalité du legs, absolument comme l'accroissement ordinaire ; il n'a besoin d'aucune autre explication⁽²⁸⁾.

p. 520. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 644, note 13. — Voyez d'ailleurs notre *Accroissement* nos 181-183.

(25) L. un., § 11, C. cit., *v^h quia sermo testatoris. legatum minuat, et v^h Sed et varietatis.*

(26) GAUS, II, 199 i. f. ; ULPEN, XXIV, 12 initio ; § 8 i. f., I. h. t. ; L. un., § 11, C. h. t. — Cf. T. II, § 539, II, 3^e.

(27) *Vatic. fragm.* 77 ; L. 1, § 3, D. h. t. — Voyez aussi L. 3, § 2, L. 6, pr., cbn. avec L. 3, D. h. t.

(28) Ainsi le pensent GLÜCK, *Pand.* IX, p. 282. — ELVERS, *Servituten* p. 750-752. — KRANS, *Usufruit* p. 163-165. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 643 et note 2. — Cf. LELIÈVRE, I. c. p. 99-100 et 34-39. — Voyez d'ailleurs notre *Accroissement* nos 206-211.

Aussi est-il possible au profit d'un légataire qui a perdu sa propre portion d'usufruit⁽²⁹⁾.

CHAPITRE IV. — DE L'ACQUISITION DES LEGS.

SECTION I. — NOTION ET CONDITIONS DE CETTE ACQUISITION; § 361.

Nous avons vu plus haut, comment le legs, tout en étant acquis de plein droit au légataire lors de son ouverture provisoire, n'entre définitivement dans son patrimoine que par un acte d'acceptation⁽¹⁾. Cette acceptation est de même nature que celle d'une hérédité et soumise à des règles identiques⁽²⁾; ajoutons seulement :

1^{re} Que l'acceptation d'un legs suppose son ouverture provisoire (*dies legati cedens*), mais non son ouverture définitive (*dies legati veniens*)⁽³⁾.

2^{re} Qu'il est permis d'accepter un legs par l'intermédiaire d'un représentant quelconque⁽⁴⁾.

SECTION II. — DES EFFETS DE L'ACQUISITION DES LEGS.

§ 362. Des droits du légataire.

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX. L'acquisition du legs procure nécessairement au légataire un droit de créance contre le grevé⁽¹⁾; celui-ci est

(29) L. 55, § 1 i. f., D. de usufr. 7, 1; L. 14, § 1, D. de except. rei judic. 44, 2; L. 10, D. h. t.; Cf. L. 5, § 2, D. quib. mod. usufr. amitt. 7, 4. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 554, *Ann.* 1, n° III, et notre *Accroissement* nos 212-225. — Cf. WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 643, note 4.

(1) T. II, § 551, II.

(2) L. 120, § 1, D. h. t.¹. — L. 25, D. de A. v. O. H. 29, 2. — PAUL, III, 6, § 12; L. 4, L. 6, L. 25 i. f., L. 58, D. h. t.²; Cf. L. 5, pr., L. 2, D. eod.; L. 81, § 1, D. h. t.¹; L. 58, pr., D. h. t.¹. — L. 19, § 1 initio, D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6. — L. 26 initio, C. de fideic. 6, 42. — T. II, § 540.

(3) Contra L. 43, § 1, D. h. t.³; mais voyez WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 643, note 4, ebn. avec I, § 96, note 5. — (4) Cf. T. II, § 540, II, 5^o.

(1) L. 1 initio, L. 2 in medio, C. comm. de leg. et fideic. 6, 43.

obligé en vertu d'un quasi-contrat à l'exécution du legs (2) et soumis à une *condictio certi vel incerti*, selon que le legs porte sur un *certum*, c'est-à-dire sur un corps certain ou une quantité de choses fongibles, ou bien sur un *incertum*, sur une chose déterminée seulement par rapport à son genre (*actio personalis ex testamento, actio legati*) (3). Mais le legs produit de plus un droit réel s'il a pour objet une chose déterminée appartenant au testateur; l'on comprend que le légataire ne puisse acquérir un droit réel sur une chose indéterminée, ni sur une chose dont le testateur n'étant pas propriétaire ne pouvait disposer (4). Il en résulte que le droit réel que le légataire acquiert sous la condition indiquée, est censé n'avoir jamais reposé sur la tête de l'héritier (5); les actes de disposition émanés de l'héritier sont frappés de nullité; l'usucapion de la chose léguée est prohibée comme toute autre aliénation (6); le droit réel du légataire est garanti par l'action réelle ordinaire (7). Au reste il peut réclamer la chose léguée avec ses accessoires (8), mais non les fruits et intérêts recueillis par l'héritier depuis la mort du testateur; il était juste de les laisser à l'héritier en compensation des soins qu'il doit à la chose léguée (9).

II. DU CAS OU IL Y A PLUSIEURS LÉGATAIRES OU PLUSIEURS GREVÉS.*

1° *D'une pluralité de légataires.* Dans l'ancienne jurisprudence, lorsque plusieurs étaient appelés au même legs, chacun obtenait une portion virile dans les legs de propriété faits conjointement ou séparément (10) et dans les legs d'obligation faits conjointement (11); mais

(2) Arg. § 3, l. de oblig. quasi ex contr. 3, 27 (T. II, § 268, II, 2°).

(3) § 2 i. f., l. h. t.; L. 1 initio, L. 2 in medio, C. comm. de leg. et fideic. 6, 43. — Cf. L. 71, § 3, D. h. t.¹; L. 14, § 2, D. h. t.²; L. 108, § 12, D. h. t.¹.

(4) L. 80, D. h. t.²; § 2 i. f., l. h. t.; L. 1, L. 2 in medio, C. comm. de leg. et fideic. 6, 43. — (5) L. 80 i. f., D. h. t.². — (6) L. 5, § 3, C. comm. de leg. et fideic. 6, 43.

(7) § 2 i. f., l. h. t.; L. 1, L. 2, L. 3, § 3 i. f., C. comm. de leg. et fideic. 6, 43. — Sur le concours des actions réelle et personnelle, voyez L. 76, § 8, D. h. t.², L. 84, § 13, L. 85, D. h. t.¹. — (8) L. 13, pr., D. ad leg. Aquil. 9, 2; L. 59, D. h. t.²; L. 16, D. h. t.³.

(9) L. 25, D. h. t.¹; L. 18, pr. et § 2, L. 22, § 2, L. 27, § 1, D. ad actum Trebell. 36, 1; L. 4, C. de usur. et fruct. leg. 6, 47. — Exception : L. 46, § 4-5, C. de episc. et cler. 1, 5; Nov. 151, c. 12. — (10) GAIUS, II, 199 initio et 225; ULPIN, XXIV, 12 initio.

(11) GAIUS, II, 203 initio et 215 initio; ULPIN, XXIV, 13 initio.

quand un legs d'obligation était fait séparément à plusieurs, chaque légataire avait qualité pour réclamer en nom personnel toute la chose léguée : l'héritier avait l'obligation de remettre à l'un la chose en nature et à chacun des autres l'estimation⁽¹²⁾. La dernière règle n'a pu devoir son origine qu'à l'analogie des conventions : si quelqu'un promet la même chose à plusieurs, il la doit plusieurs fois⁽¹³⁾. Néanmoins, ceux des juristes romains qui considéraient comme passive l'obligation naissant du legs *sinendi modo*⁽¹⁴⁾, enseignaient logiquement que l'héritier devait la chose en nature au premier arrivé des légataires disjoints, mais que les autres étaient sans droit contre lui⁽¹⁵⁾. Justinien, modifiant ici de nouveau l'ancien droit, posa la règle absolue que tous les legs se diviseraient par portions viriles entre les colégataires concurrents⁽¹⁶⁾; le testateur est évidemment libre de prendre une disposition différente⁽¹⁷⁾, il peut même appeler les légataires au legs comme des cohercanciers solidaires⁽¹⁸⁾. Si plusieurs sont appelés par une seule phrase à côté d'autres qui sont gratifiés séparément de la même chose, les premiers n'obtiennent qu'une portion virile ensemble, d'après la volonté présumée du testateur qui ne leur a fait le legs que collectivement, en les considérant comme une seule personne⁽¹⁹⁾.

2° *D'une pluralité de grevés*. De même, plusieurs grevés sont tenus d'exécuter le legs par portions viriles⁽²⁰⁾, si le testateur n'en a pas disposé autrement; ici encore une obligation solidaire est

(12) GAIUS, II, 203 i. f.; ULPEN, XXIV, 13 i. f.

(13) Cf. L. 10, D. de A. E. et V. 19, 1; L. 18, D. de O. et A. 44 7.

(14) T. II, § 549, I, B, 2°.

(15) GAIUS, II, 213; Cf. L. 14, D. de usu et usufr. leg. 33, 2.

(16) L. un., § 11, C. de cad. toll. 6, 31, *vis Ubi autem..... quisque hoc habeat, et vis Sin autem disjunctim..... in unum trahentes concordiam*; L. 33, D. h. t.¹, *vis Si pluribus..... omnes venire*. — Voyez aussi L. 4, pr. et § 1, C. de V. S. 6, 38.

(17) L. un., § 11, C. cit., *vis Hoc autem ita..... præstetur*; L. 53, D. h. t.¹, *vis Scilicet nisi ipse testator.....*; L. 20, D. h. t.²; Cf. L. 14, D. de usu et usufr. leg. 33, 2.

(18) L. 16, D. h. t.²; Non obstat L. 4, pr. et § 1, C. de V. S. 6, 38.

(19) L. 34, pr. i. f., D. h. t.¹; L. 7, L. 9, D. de usufr. accresc. 7, 2; L. 26, § 1, D. de usu et usufr. leg. 33, 2 (T. II, § 528, II, 1°). — Voyez encore L. 41, pr., D. h. t.².

(20) Arg. L. un., § 8, C. de cad. toll. 6, 31, *vis Sin autem legatarii.....*

possible⁽²¹⁾ ; lorsque la prestation d'un legs incombe aux héritiers comme tels, on admet que l'intention du testateur a été de les obliger en proportion de leurs quotes-parts héréditaires⁽²²⁾ ; mais les héritiers peuvent aussi être chargés du legs comme individus, et alors ils sont tenus pour des portions viriles⁽²³⁾.

III. DES GARANTIES DES LÉGATAIRES.

1° Le légataire jouit d'une hypothèque légale sur les biens recueillis par le grevé dans la succession dont il s'agit⁽²⁴⁾.

2° Toutes les fois que le legs n'admet pas de réclamation immédiate⁽²⁵⁾, le grevé est tenu de fournir par fidéjusseurs la caution *legatorum servandorum causa*⁽²⁶⁾ ; à son défaut, le légataire peut réclamer l'envoi en possession *legatorum servandorum causa*, d'abord, des biens frappés de l'hypothèque légale prémentionnée⁽²⁷⁾, et six mois plus tard, du patrimoine personnel du grevé⁽²⁸⁾, avec une hypothèque prétorienne⁽²⁹⁾.

§ 363. Des droits du grevé.

1° Le grevé peut se faire rembourser les impenses légitimes faites à la chose léguée⁽¹⁾.

2° Il peut exiger du légataire le rétablissement des droits éteints par confusion à la suite de l'acquisition temporaire de la chose léguée⁽²⁾.

(21) L. 8, § 1, D. h. t.¹; L. 23, pr., D. h. t.².

(22) L. 33, pr. D. h. t.²; L. 86, § 3, D. h. t.¹; L. un., § 8 initio, C. de cad. toll. 6, 31.

(23) L. 124, D. h. t.¹, cbn. avec L. 37, D. de stipul. serv. 43, 5; Contra L. 17, D. de duob. reis 43, 2, et L. 34, § 3, D. h. t.¹. — Windscheid, *Lehrb.* III, § 626, note 11.

(24) § 2 i. f., I. h. t.; L. 1, L. 2 in medio, C. comm. de leg. et fideic. 6, 43.

(25) L. 1, § 14, L. 6, pr., L. 13, pr., L. 16, D. ut legat. s. fideic. serv. causa cav. 56, 5; L. 8, C. ut in poss. leg. 6, 34. — (26) L. 1, pr. et § 2, D. ut legat. 56, 5.

(27) L. 1, § 2 i. f., L. 4, D. eod.; L. 3, § 6-10, D. ut in poss. leg. 56, 4.

(28) L. 3, § 16, D. eod.; L. 6, C. eod. 6, 34.

(29) L. 3, C. eod. — Voyez encore L. 3, § 16 i. f., D. eod. 56, 4.

(1) L. 38-60, D. h. t.¹; L. 32, § 3, D. de usu et usufr. leg. 33, 2; L. 19, § 2, D. ad actum Trebell. 36, 1; L. 30, D. de usufr. 7, 1.

(2) L. 18, D. de servit. 8, 1; L. 70, § 1, L. 116, § 4, D. h. t.¹.

3° Caution est due au grevé dans les legs faits à terme ou sous condition résolutoires en garantie de la restitution éventuelle de l'objet légué (5), et dans les legs accompagnés d'un mode afin d'assurer l'exécution du mode (4).

4° Le grevé peut par l'interdit *Quod legatorum* se faire restituer la chose léguée lorsque le légataire s'en est emparé de sa propre autorité; c'est l'application du principe que personne ne doit se faire justice à soi-même (5).

5° Une dernière prérogative du grevé, la plus importante de toutes, consiste à pouvoir, s'il est héritier, retenir la quarte Falcidie.

I. de *lege Falcidia* 2, 22; D. *ad legem Falcidiam* 55, 2; C. *codem* 6, 50.

I. HISTORIQUE DE LA MATIÈRE. Aux termes de la loi des Douze tables, l'héritier pouvait être chargé indéfiniment de legs : *paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* (6). Mais de là résultait le grave inconvénient que la succession étant plus ou moins épuisée par les legs, l'héritier la répudiait faute d'intérêt ou d'un intérêt suffisant pour se soumettre aux charges de l'acceptation; or, en droit romain, cette répudiation infirmait le testament avec tous les legs qu'il contenait; le pouvoir du testateur se retournait contre lui et contre ses gratifiés (7). Le législateur entreprit d'empêcher l'épuisement de la succession par les legs et l'infirmité du testament qui en était la conséquence :

1° Il eut d'abord atteindre ce but en prohibant les legs importants. La loi *Furia testamentaria*, sans doute de la première moitié du sixième siècle, défendit de léguer à quelqu'un plus de mille as (8), si ce n'est à des proches parents jusqu'au sixième degré (9). Cette

(5) Cf. L. 7, pr., L. 18, D. *de condit.* 53, 1.

(4) Voyez encore infra II, C, 1^o du présent paragraphe.

(5) L. 1, pr., § 1-2, D. *quod legat.* 45, 5; L. un., C. *cod.* 8, 5.

(6) ULPSEN, XI, 14; GAIUS, II, 224; pr. initio, I. h. t.; L. 120, D. *de V. S.* 50, 16.

(7) VARRO, *de vita pop. rom. lib.* III (1, 247 lip.); CIC., *pro Balbo* 8, et in *Verrem* I, 42; GAIUS, II, 224 i. f.; pr. in medio, I. h. t. — (8) GAIUS, II, 225; pr. in medio, I. h. t.

(9) avec le *sobrinus a sobriano natus* : ULPSEN, XXVIII, 7 in medio; *Fatic. fragm.* 301 i. f. — Cf. ULPSEN, *præf.* 2, et GAIUS, IV, 25 in medio.

disposition exorbitante, qui était d'ailleurs impuissante à prévenir l'épuisement de l'hérédité, fut tempérée dès l'année 383 par la loi Voconia ; celle-ci permit au testateur qui laissait cent mille as, de faire des legs d'un import quelconque, sauf à ne pas léguer à quelqu'un au delà de ce que l'héritier devait retirer de la succession ; pour les hérédités inférieures à cent mille as, la loi Furia fut maintenue en vigueur ⁽¹⁰⁾.

2^e En l'année 714, la loi Falcidie abrogea les deux précédentes : elle reconnut les legs quel qu'en fût le montant, mais disposa d'autre part que l'héritier aurait droit à un quart net de la succession ⁽¹¹⁾.

II. THÉORIE DE LA QUARTE FALCIDIE. A) A qui appartient le droit à la quarte ? Exclusivement aux héritiers ⁽¹²⁾ ; les légataires ne peuvent jamais retenir la quarte ; ils ne peuvent, lorsqu'ils sont surchargés d'arrière-legs, les faire tomber par leur répudiation, et dès lors la loi n'avait pas à s'occuper d'eux ⁽¹³⁾ ; il leur est seulement permis de réduire les arrière-legs dans la proportion de la réduction qu'ils ont subie eux-mêmes ⁽¹⁴⁾. Pour pouvoir retenir la quarte, l'héritier doit avoir fait un inventaire de la succession, de la manière indiquée plus haut ; c'est le seul moyen de vérifier si les legs dépassent réellement les trois quarts nets de la succession ⁽¹⁵⁾.

B) Vis-à-vis de qui existe le droit à la quarte ? Vis-à-vis de tous ceux qui reçoivent quelque chose du testateur ⁽¹⁶⁾, fût-ce d'une manière indirecte ⁽¹⁷⁾. Il est vrai que la loi Falcidie ne s'appliquait qu'aux legs ⁽¹⁸⁾ ; mais on généralisa le principe qui lui servait de base,

(10) CIC., *in Verrem* I, 43 ; GAIUS, II, 226 ; pr. in medio, I. h. t.

(11) GAIUS, II, 227 ; ULP., XXIV, 32 ; pr. i. f., I. h. t. ; L. 1, pr., D. h. t.

(12) Cf. L. 18, pr., D. h. t., *vis Dixi, legem Falcidiam..... propter fideicommissa*.

(13) L. 47, § 1, D. h. t. ; L. 22, § 3, L. 33, § 2, *vis Qui fideicommissam hereditatem..... voluntas rata constituitur*, D. ad scutum Trebell. 36, 1.

(14) L. 43, § 3, D. de condit. 33, 1 ; L. 32, § 4, D. h. t. ; L. 63, § 12, D. ad scutum Trebell. 36, 1. — Voyez encore L. 33, § 2, D. cod., *vis Non est contrarium..... adstringi*.

(15) L. 22, § 14 i. f. cbn. avec § 4 initio, C. de jure delib. 6, 50 ; Nov. 1, c. 2, § 2 initio cbn. avec § 1. — (16) PAUL, III, 8, § 1. — (17) L. 18, C. h. t.

(18) GAIUS, II, 227 ; ULP., XXIV, 32 ; pr. i. f., I. h. t. ; L. 1, pr., D. h. t.

en l'étendant aux autres acquisitions à cause de mort⁽¹⁹⁾; il suffira de citer le sénatus-consulte Pégasien, du règne de Vespasien, comme ayant étendu la loi Falcidie aux fidéicommiss⁽²⁰⁾.

C) Comment se vérifie-t-il si la quarte est intacte ?

1° Une double opération est nécessaire à cette fin : il s'agit d'estimer en argent, d'un côté le montant net de la succession, puisque le quart de ce montant constitue la Falcidie⁽²¹⁾, et d'un autre côté la valeur des legs⁽²²⁾. Nous nous référons pour la première estimation à la théorie de la légitime, où nous n'avons fait qu'appliquer les règles exposées dans les lois romaines en vue de la Falcidie⁽²³⁾; il importe cependant d'ajouter que, dans cette évaluation, on se place rigoureusement à l'époque de la mort du *decurus*⁽²⁴⁾, sans avoir égard ni aux biens donnés entre-vifs, ni aux augmentations⁽²⁵⁾ ou diminutions⁽²⁶⁾ de valeur survenues depuis la mort du testateur et qui profitent ou nuisent à l'héritier. Quant à l'estimation des legs, on escompte ceux faits à terme⁽²⁷⁾. L'on néglige les legs conditionnels moyennant caution de la part des autres légataires de rapporter ce qu'ils ont reçu de trop si la condition du legs conditionnel venant à se réaliser, il y avait lieu pour l'héritier de le payer⁽²⁸⁾. Les legs de rentes perpétuelles sont capitalisés à raison de vingt-cinq fois le

(19) PAUL, III, 8, § 1, et IV, 3, § 3; GAIUS, II, 234 initio; § 3 initio, I. de *fideic. hered.* 2, 23. — PAUL, III, 8, § 1; L. 77, § 1 initio, D. de *leg.* 2°, 31; L. 3, C. h. t.; L. 2 i. f., C. de *mort. causa donat.* 8, 37; L. 52, § 1 i. f., D. de *donat. inter V. et U.* 24, 1; L. 12, C. h. t. — L. 18, C. h. t.

(20) PAUL, IV, 3, § 5; GAIUS, II, 234 initio; § 3 initio, I. de *fideic. hered.* 2, 23.

(21) L. 1, § 6, D. si *cui plus* 33, 5. — (22) L. 1, § 7, D. h. t.

(23) § 3 initio, I. h. t.; PAUL, IV, 3, § 3; L. 42, L. 62, § 1, L. 63, pr. initio, D. h. t. — T. II, § 333, II, A, 2°.

(24) § 2 initio, I. h. t.; L. 36, pr., L. 73, pr. initio, cf. L. 9, D. h. t.

(25) § 2, I. h. t., *v^{is} Itaque si. legatis detrahatur*; L. 30, pr., *v^{is} quemadmodum ad heredis lucrum.*, L. 56, § 1, L. 73, pr., *v^{is} Qua de causa. legatis detrahatur*, D. h. t.

(26) § 2, I. h. t., *v^{is} Ex diverso.*; L. 30, pr. initio et § 4, L. 56, pr., L. 73, pr., *v^{is} Ex diverso.*, D. h. t.

(27) L. 43, pr., L. 73, § 4, D. h. t.; Cf. L. 88, § 3, D. de *leg.* 2°, 31.

(28) L. 43, § 1, L. 73, § 2-3, D. h. t.; L. 1, § 12, D. h. t.; L. 1, § 7-9, D. si *cui plus* 33, 3; Cf. L. 88, § 5, *cbn.* avec L. 66, pr., D. h. t.

montant de la rente annuelle⁽²⁹⁾. On estimé les legs de droits viagers à raison du nombre d'années que comporte le restant présumé de la vie du légataire⁽³⁰⁾, en ayant soin de soumettre chaque terme à l'escompte⁽³¹⁾, sauf une rectification à faire après la mort du légataire du droit viager⁽³²⁾ et à garantir par des cautions réciproques⁽³³⁾. Enfin, les legs de rentes temporaires sont estimés à la somme de leurs termes escomptés; mais l'héritier qui par la mort du légataire est dispensé du paiement de certains termes, doit en tenir compte plus tard et fournir caution de ce chef⁽³⁴⁾.

2° S'il y a plusieurs portions héréditaires, la quarte se calcule-t-elle pour chaque portion ou sur l'ensemble des portions⁽³⁵⁾? Il va de soi que le calcul a lieu séparément quand chaque part héréditaire a été acquise par une personne différente, car le but de la Falcidie est de déterminer chaque héritier à accepter la succession par la garantie d'un quart de sa portion héréditaire⁽³⁶⁾; cette règle ne cesse point si dans la suite l'un des héritiers vient à réunir à sa part propre celle d'un cohéritier⁽³⁷⁾. Il n'est pas moins évident que, par contre,

(29) L. 3, § 2, D. h. t.

(30) L. 1, § 9, L. 53, L. 68, pr., D. h. t. — La loi 68, pr. proposé à cet égard deux modes de calcul : 1° l'un, le plus ancien sans doute (L. 68, pr., cit., *v^{is} solitum est*) consistait à admettre comme longueur présumée de la vie le laps de trente ans, déduction faite des années accomplies par le légataire de plus de trente ans au delà de cet âge; à partir de soixante ans, ce système ne pouvait plus servir (L. 68, pr., cit., *v^{is} Solitum est tamen*.);

2° l'autre calcul qui resta seul en usage (L. 68, pr., cit., *v^{is} eoque nos jure uti*), accordait encore trente années de vie au légataire qui en avait moins de vingt, et après vingt ans un nombre d'années décroissant de vingt-huit à cinq (20-25 : 28 — 25-30 : 25 — 30-35 : 22 — 35-40 : 20 — 40-50 : 10 augmenté du nombre d'années qui séparaient encore le légataire de l'âge de cinquante ans — 50-55 : 9 — 55-60 : 7 — 60 et au delà : 5) (L. 68, pr., cit., *v^{is} Computatoni in alimentis*. *faciendam*).

(31) Arg. des textes cités à la note 27. — (32) Arg. L. 1, § 16, D. h. t.

(33) L. 1, § 16, D. h. t. — (34) Cf. L. 1, § 16, D. h. t.

(35) VON DER POORTEN, *Abhandlungen aus dem Pandektenrecht* n° 1, Erlangen, 1840. — SIGMUND, *Ueber die Berechnung der quarta Falcidia, wenn eine und dieselbe Person mehrere Theile derselben Erbschaft erhält*, Munich, 1846. — VANGEROW, *Civil Archiv* XXXVI, n° 10 et 13, et XXXVII, n° 13 (1832-1835). — PERNICE, *Commentationes juris romani duae*, Comment. 1, Halle, 1855. — HOFFMANN, *Civil Archiv* XLIX, n° 4 (1866).

(36) § 1, I. h. t.; L. 77, D. h. t.

(37) L. 1, § 13, D. h. t. — La même chose a lieu en principe dans le cas d'une sub-

le calcul doit se faire cumulativement si un héritier a été institué pour plusieurs portions⁽⁵⁸⁾, alors même que ce serait par l'effet d'une institution et d'une substitution⁽⁵⁹⁾; car dans l'espèce l'héritier est tenu en nom propre à l'égard de tous les légataires. Reste le cas où un héritier arrive à la part de son cohéritier en vertu de l'accroissement : ici le calcul a lieu séparément comme dans la première hypothèse, avec cette modification que l'héritier est obligé de tenir compte aux légataires de sa portion originaire de l'excédant laissé par la portion qui a accru; la raison en est qu'en ce qui concerne cette dernière portion, l'héritier succède aux obligations du défaillant; les légataires de la part qui a accru doivent donc obtenir de lui tout ce qu'ils auraient obtenu du défaillant, mais rien au delà; au contraire, vis-à-vis des légataires de sa propre portion, l'héritier est tenu en nom personnel, et par conséquent il doit les payer jusqu'à concurrence des trois quarts de tout ce qu'il recueille comme héritier⁽⁴⁰⁾.

D) Quel est le droit de l'héritier dont la quarte n'est pas intacte ? L'héritier surchargé soumet les legs à une réduction proportionnelle jusqu'à concurrence de la quarte à compléter⁽⁴¹⁾, en se rédimant en argent pour les legs indivisibles⁽⁴²⁾. Il doit cependant imputer au préalable sur sa quarte les profits divers qui lui reviennent comme

stitution pupillaire : L. 87, § 4, L. 11, § 7, D. h. t., cf. L. 41, § 6 initio, D. de V. et P. S. 28, 6; voyez une exception dans la loi 87, § 8 et 5, D. h. t. (VANGEROW, *Lehrb.* II, § 353, *Ann.*, n° VI. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 635, 5°).

(58) L. 11, § 7, L. 87, § 5, D. h. t.

(59) L. 87, § 4, D. h. t.; Contra L. 1, § 15, D. h. t. — En ce sens GOESCHEN, *Fortes.* III (2), § 1040. — THIRIAUT, *System* II, § 916, 1. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 738, 5°, b. — PUCHTA, *Pand.* § 350, et *Fortes.* II, § 350, 2°. — SIGMUND, l. c. p. 18 sq. — PERKICE, l. c. p. 22 sq. — HOFFMANN, l. c. — ARNDTS, *Weiske's Rechtslexikon* VI, p. 517, et *Lehrb.* § 564, 5°, et *Ann.* 5. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 635, 2°, et note 8. — CONTRA VON DER PFORDTEN, l. c. p. 16 sq. — BRINZ, *Lehrb.* § 218, 2° i. f. et 3° initio. — SINTENIS, *Civilrecht* III, § 213 et *Ann.* 29. — NAMUR, *Institutes* II, § 375, 5°. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 353, *Ann.*, n° III.

(40) L. 78, D. h. t.; Cf. L. 1, § 14, D. h. t. — Voyez un cas analogue dans la loi 21, § 1, D. h. t.

(41) § 5 i. f., l. h. t.; L. 80, D. de leg. 1°, 50; L. 75, § 3, L. 88, § 5 i. f., L. 40, § 1, D. h. t.; L. 2, L. 6, § 1, C. h. t. — (42) L. 7, L. 25, L. 80, § 1, D. h. t.

héritier⁽⁴⁵⁾, y compris sa légitime⁽⁴⁴⁾, mais non ce qu'il recueille dans la succession à un titre autre que celui d'héritier⁽⁴⁵⁾; en effet, le but de la quarte est d'assurer à chaque héritier un intérêt d'un quart à l'acceptation de sa portion héréditaire; il doit donc obtenir ce quart en sa seule qualité d'héritier, et rien que ce quart. Le droit de l'héritier cesse :

1° Par une défense testamentaire, car la quarte Falcidie visant au maintien du testament, est établie autant dans l'intérêt du testateur que dans celui de l'héritier; dès lors le disposant devait pouvoir renoncer à sa garantie⁽⁴⁶⁾. A plus forte raison peut-il soustraire au retranchement des legs déterminés, en obligeant l'héritier à compléter sa quarte sur les autres⁽⁴⁷⁾; on doit présumer une parcellle intention du testateur relativement aux legs qui forment un tout indivisible, comme celui de la liberté⁽⁴⁸⁾ et celui d'aliments⁽⁴⁹⁾.

2° Par la renonciation de l'héritier à son bénéfice⁽⁵⁰⁾, ce qui peut avoir lieu d'une manière tacite⁽⁵¹⁾.

3° Quant aux legs qui complètent la légitime, attendu que le légataire doit dans tous les cas obtenir sa légitime⁽⁵²⁾.

(45) L. 13, § 6, L. 24, § 1, L. 88, § 5 initio, D. h. t.; L. 22, § 2, D. ad scutum Trebell. 56, 1. — L. 74, L. 76, pr. i. f., L. 86, L. 91, D. h. t.; L. 24, C. fam. ereisc. 3, 56.

(44) PAUL, IV, 3, § 3; L. 8, § 9, D. de inoffic. testam. 3, 2, v^o *quum quis. habet Falcidiam*.

(45) L. 74, L. 76, pr. initio, L. 91, D. h. t.; L. 29 ebn. avec L. 22, pr., D. h. t.

(46) Nov. 1, c. 2, § 2 i. f., et Authent. *Sed quum testator*, ad L. 7, C. h. t. — Autrement dans le droit des Pandectes : L. 13, § 1 et 8, L. 27, D. h. t.; L. 11, C. h. t.

(47) L. 88, pr., § 1-2, D. h. t.; Nov. 119, c. 11, et Authent. *Sed et in ea re*, ad L. 7, C. h. t. — (48) L. 52, § 3, L. 53, L. 53, L. 56, § 3, D. h. t.; L. 6, D. de fideic. libert. 40, 3.

(49) L. 23, § 1, D. h. t.; L. 21, § 1, D. de ann. leg. 33, 1; L. 77, § 1 i. f., D. de leg. 2^o, 51. — (50) L. 46, L. 71, D. h. t.; L. 19, C. h. t. — (51) Nov. 1, c. 5.

(52) L. 87, § 4, D. de leg. 2^o, 51; L. 56, pr., C. de inoffic. testam. 3, 28; Cf. L. 13, § 7, D. h. t. — Pour d'autres exceptions, voyez L. 81, § 2, D. h. t. — Nov. 131, c. 12 initio, et Authent. *Similiter*, ad L. 7, C. h. t. — L. 24, pr., L. 39, pr., D. h. t.; L. 6, D. de his, quæ ut ind. aufer. 34, 9. — L. 11, D. eod.; L. 15, L. 39, § 1, D. h. t.; L. 49, D. de jure fisci 49, 14; L. 3, C. h. t.

CHAPITRE V. — DE QUELQUES LEGS EN PARTICULIER.

§ 364. *Du legs d'un corps certain et du legs alternatif.*

1° Le corps certain qui fait l'objet d'un legs, doit être remis au légataire dans l'état où il se trouve au moment de la poursuite, sans le fait de l'héritier⁽¹⁾, par conséquent lorsqu'il s'agit d'un fonds de terre, avec les servitudes prédiales qui le grèvent, d'autant plus que le légataire profite des servitudes actives⁽²⁾. Si la chose est grevée de tout autre droit réel, l'héritier doit la libérer ou le légataire l'accepter telle quelle, d'après les règles sur le legs de la chose d'autrui⁽³⁾.

2° Dans le legs alternatif de plusieurs choses se présente la question du choix. Par dérogation à une règle générale des obligations⁽⁴⁾, le choix appartient au légataire, bien qu'il soit créancier du legs, par la raison que l'on interprète largement les actes de volonté dernière⁽⁵⁾; mais le testateur peut accorder le choix à l'héritier⁽⁶⁾ et même à un tiers⁽⁷⁾. Si le choix appartient à plusieurs qui ne parviennent pas à s'entendre, le sort décide⁽⁸⁾.

(1) L. 56, D. h. t.¹; § 18-19, I. h. t.; L. 21-22, L. 24, § 2-3, D. h. t.¹; L. 10, L. 63, pr., D. h. t.²; L. 91, § 2, D. h. t.²; L. 28, D. *quando dies* 56, 2; Cf. § 20 initio, I. h. t., et L. 8, § 8, D. *de pec. leg.* 53, 8.

(2) L. 69, § 3, D. h. t.¹; L. 66, § 6 i. f., L. 76, § 2 i. f., D. h. t.²; L. 70, § 1, L. 116, § 4, D. h. t.¹.

(3) § 3, I. h. t.; L. 57, D. h. t.¹; L. 26, L. 66, § 6 initio, L. 76, § 2 initio, D. h. t.²; L. 3, C. h. t.; L. 6, C. *de fideic.* 6, 42. — Voyez cependant L. 43, § 2 cbn. avec § 1, L. 70, pr., D. h. t.¹; L. 39, § 3, D. *cod.* — (4) T. I, § 184, II, B.

(5) Arg. § 22, I. h. t.; L. 34, § 14, D. h. t.¹; L. 25, D. h. t.²; Cf. L. 47, § 3, D. h. t.¹; L. 32, § 1, D. *cod.*; L. 19, D. h. t.²; Voyez encore L. 12, D. *de opt. v. elect. leg.* 53, 8. — Anciennement le choix appartenait à l'héritier dans les legs d'obligation, mais la législation de Justinien ne connaît plus cette règle : en ce sens de SAVIGNY, *Obligationen* I, p. 392-394. — KELLER, *Pand.* § 369, B cbn. avec A i. f. — SENTENIS, *Civilrecht* III, § 217 et *Anm.* 50. — NAMUR, *Institutes* II, § 339, 7°. — ARNDTS, *Lehrb.* § 374. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 349, *Anm.*, p. 328 cbn. avec n° 1. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 633, 1°, et note 3. — Contra BRINZ, *Lehrb.* § 212, I, 1°, p. 894-896. — Cf. MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 744, II cbn. avec I et note 5, et PUCHTA, *Pand.* § 329.

(6) L. 109, § 1, D. h. t.¹; Arg. § 22 i. f., I. h. t.

(7) Arg. § 22 i. f., I. h. t. — Voyez encore L. 3, § 1, C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43.

(8) Arg. § 23 i. f., I. h. t.; L. 3, pr., C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43.

§ 363. *Du legs d'un genre.*

La validité du legs d'un genre, comme celle de la promesse d'un genre⁽¹⁾, suppose que le genre légué n'offre pas une trop grande latitude, sinon le legs est nul faute de détermination suffisante⁽²⁾; néanmoins, quand la succession renferme des individus de l'espèce léguée, cette seule circonstance détermine déjà le legs⁽³⁾. Pour le choix on suit les mêmes règles que dans le legs alternatif⁽⁴⁾; par application d'un principe général sur l'obligation générique⁽⁵⁾, la partie qui a le choix, doit prendre un objet de valeur moyenne⁽⁶⁾, si le testateur n'a pas manifesté une volonté contraire; dans le dernier cas on parle d'un legs d'option (*optio vel electio legata*)⁽⁷⁾.

§ 366. *Du legs d'une quantité.*

D. de tritico, vino, vel oleo legato 33, 6.

Le legs d'une quantité de choses fongibles participe de la nature du legs générique⁽¹⁾. Mais par suite de la valeur à peu près égale des choses fongibles d'une certaine espèce, le legs est suffisamment déterminé dès que le testament indique la nature et la quantité des choses léguées, peu importe que la succession ne contienne pas de ces choses⁽²⁾. Il y a plus : alors même que la quantité léguée n'a pas été précisée, le legs est valable si la succession renferme des

§ 363. — (1) Cf. T. 1, § 206, II.

(2) L. 69, § 4, D. *de jure dot.* 23, 3, *ubi quod fundo constaret*; L. 71, pr. i. f., D. *h. t.*¹. — (3) L. 71, pr. initio, D. *h. t.*

(4) § 22, I. *h. t.*; L. 108, § 2, D. *h. t.*¹; L. 2, § 1, D. *de opt. v. elect. leg.* 33, 3; Arg. L. 3, pr. et § 1, C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43, cbn. avec § 23 i. f., I. *h. t.* — Ancien droit : ULPPIEN, XXIV, 14. — (5) T. 1, § 183, II, 2^o.

(6) L. 37, pr., L. 43, § 1, L. 110, D. *h. t.*¹; L. 3, § 1 i. f., C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43.

(7) L. 2, pr., L. 22, D. *de opt. v. elect. leg.* 33, 3. — Voyez encore sur ce legs § 23, I. *h. t.*, et L. 3, pr. et § 1, C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43, puis la loi 1, D. *de opt. v. elect. leg.* 33, 3.

§ 366. — (1) L. 3, pr., L. 4, D. *h. t.*, cbn. avec L. 30, § 3, D. *de leg.* 1^o, 30, et L. 73, D. *de leg.* 3^o, 32. — (2) L. 3, pr., D. *h. t.*

choses du genre légué; car alors il y a moyen d'en déterminer l'objet, en le faisant porter sur les choses de l'espèce léguée qui se trouvent dans la succession⁽⁵⁾. Une variété importante du legs d'une quantité est le legs de rente, dont les legs de revenus et d'aliments forment de leur côté des subdivisions.

1. *Du legs de rente* (D. de annuis legatis, et fideicommissis 55, 1). C'est un legs de choses fongibles dont la prestation doit se renouveler à des époques périodiques (*legatum annuum vel menstruum*). Il se distingue du legs ordinaire de quantité en ce qu'il comprend une pluralité de legs, autant de legs qu'il y a de prestations périodiques à faire⁽⁴⁾; le premier de ces legs est pur et simple, les autres sont à terme et même s'il s'agit d'une rente viagère ou temporaire, conditionnels comme subordonnés à la survie du légataire⁽⁵⁾. En conséquence :

1° Le legs d'une rente perpétuelle s'ouvre (*dies legati cedit*) à la mort du testateur pour tous les termes⁽⁶⁾. Lorsque la rente léguée est viagère ou temporaire, le premier terme ne s'ouvre qu'à l'adition de l'hérédité à raison de la personnalité du legs⁽⁷⁾, et tous les termes subséquents pour autant seulement que le légataire soit encore en vie à l'époque où ils commencent; le légataire à sa mort ne transmet donc à ses héritiers que le droit aux termes commencés, mais ceux-là pour le tout, quel que soit le degré d'achèvement du terme⁽⁸⁾.

2° Chaque legs partiel ne s'ouvre que si le légataire est capable lors de l'ouverture⁽⁹⁾.

3° Chaque legs n'est exigible (*dies legati venit*) qu'au commencement du terme auquel il se réfère⁽¹⁰⁾.

II. *Du legs de revenus* (D. de usu.. et redivu.. per legatum vel fideicommissum datis 55, 2). Le legs de revenus est un legs de rente

(5) L. 7, pr., D. h. t. — (4) L. 10, L. 11, D. quando dies 56, 2.

(3) L. 4, D. h. t.; L. 1, § 16 initio, D. ad leg. Falc. 33, 2.

(6) Cf. L. 22, C. h. t., 6, 37. — (7) T. II, § 531, 1.

(8) L. 4 i. f., L. 5, D. h. t.; L. 12, § 1, L. 20 initio, D. quando dies 56, 2.

(9) L. 11, D. h. t.; L. 12, § 2, L. 25, D. quando dies 56, 2.

(10) Arg. L. un., pr., D. quando dies ususfr. leg. ced. 7, 5, vis aliter atque si.....; L. 12, pr., D. quando dies 56, 2.

où la prestation périodique est fixée au montant du revenu des biens désignés pour le service de la rente⁽¹¹⁾; il en résulte que le légataire est sans droit sur les biens eux-mêmes⁽¹²⁾, ce qui constitue une notable différence avec le legs d'usufruit⁽¹³⁾.

III. *Du legs d'aliments* (D. *de alimentis vel cibariis legatis* 34, 1). Dans le legs d'aliments, la rente à payer au légataire est destinée à suffire à ses besoins⁽¹⁴⁾, et pour ce motif le legs jouit de nombreux avantages⁽¹⁵⁾. Le légataire ne peut, sans l'autorisation du magistrat, y renoncer pour un capital payable sur-le-champ, sinon la libéralité pourrait manquer le but du testateur⁽¹⁶⁾.

§ 367. *Du legs d'un ensemble.*

Il suffira de remarquer relativement à ce legs que son objet est moins l'ensemble comme tel que les individus qui en font partie⁽¹⁾; le legs subsiste donc après la disparition de l'ensemble, aussi longtemps qu'il en reste quelque chose⁽²⁾. De là on n'est pas autorisé à conclure à une pluralité de legs; il n'y a qu'un legs unique portant sur plusieurs choses, car il n'y a qu'une seule prestation à faire, bien qu'elle soit complexe⁽³⁾. La notion de l'ensemble n'a de l'importance que pour la détermination des choses comprises dans le legs⁽⁴⁾.

(11) L. 58, v^{ls} *Fundi Ebutiani*. *Respondit, posse*, D. h. t.; Cf. L. 21, pr., D. *de ann. leg.* — (12) L. 58, D. h. t.; L. 120, pr., D. *de leg.* 1^o, 50.

(13) L. 58 i. f., D. h. t.; Cf. L. 22, D. h. t., ebn. avec L. 6, D. *usufruct. quemadm. cau.* 7, 9.

(14) L. 6-7, L. 14, § 2, L. 22, pr., D. h. t. — L. 1, L. 21, L. 25, D. h. t.

(15) L. 115, § 1, D. *de leg.* 1^o, 50; L. 16 i. f., D. *de ann. leg.* 55, 1; L. 11, D. h. t.; L. 3, pr. initio, D. *de his, quæ pro non script. hab.* 34, 8. — L. 14, § 1, D. h. t. — L. 23, § 1, D. *ad leg. Falc.* 53, 2; L. 21, § 1, D. *de ann. leg.* 35, 1; L. 77, § 1 i. f., D. *de leg.* 2^o, 51; Voyez encore L. 5, § 4, D. *si cui plus* 53, 5.

(16) L. 8, pr., § 1, 2, 6, 8 et 11, D. *de transact.* 2, 15; L. 8, C. *cod.* 2, 4.

(1) L. 79, pr., D. h. t.². — T. I, § 80, II.

(2) § 18 initio, I. h. t.; L. 22 i. f., D. h. t.². — (3) L. 2, L. 6, D. h. t.².

(4) § 18 et 20 initio, I. h. t.; L. 21-22, D. h. t.²; L. 65, pr., D. h. t.²; L. 91, § 2, D. h. t.²; L. 8, § 8, D. *de pec. leg.* 55, 8; L. 28, D. *quando dies* 56, 2. — Comparez sur les legs d'ensembles : D. 55, titres 7 à 10, D. 54, titres 2 et 4, et infra § 370 et 370bis.

§ 368. *Du legs de droits réels.*

On peut léguer à quelqu'un un droit réel sur une chose qui n'en est pas encore grevée⁽¹⁾, ou bien un droit réel déjà constitué en tant qu'il admet une aliénation⁽²⁾. La chose à grever ou grevée ne doit pas appartenir au testateur; si elle est propriété d'autrui, le legs n'est nul de ce chef que conformément aux principes sur le legs de la chose d'autrui⁽³⁾. Le legs de servitudes personnelles⁽⁴⁾ donne lieu aux observations suivantes; nous prenons pour exemple l'usufruit.

D. de usu, et usufructu, et redivu, et habitatioue, et operis per legatum vel fideicommissum datis 33, 2.

1° Le legs d'usufruit étant personnel ne s'ouvre (*dies cedit*) que lors de l'acquisition de l'hérédité⁽⁵⁾.

2° L'usufruit légué à plusieurs peut encore accroître après avoir été acquis⁽⁶⁾.

3° On peut léguer à quelqu'un l'usufruit et à un autre la nue propriété de la même chose⁽⁷⁾, ou bien léguer à quelqu'un une chose déduction faite de l'usufruit, auquel cas il y a un legs tacite de l'usufruit au profit des héritiers⁽⁸⁾. On peut aussi léguer l'usufruit d'une succession⁽⁹⁾ ou d'une quote-part héréditaire⁽¹⁰⁾.

(1) § 4 i. f., l. *de servit.* 2, 3; § 1 initio, l. *de usufr.* 2, 4; L. 1, C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43, *v^{is} Quum enim. quibus voluerit, dare.*

(2) L. 1, § 7, D. *de superfic.* 43, 18.

(3) L. 86, § 4, D. *h. t.*¹; L. 1, § 1, D. *de liber.* 54, 3. — T. II, § 354, III.

(4) Cf. D. *de servitude legata* 33, 3. — (5) T. II, § 351, I, et note 2.

(6) T. II, § 360, II, B.

(7) § 1, l. *de usufr.* 2, 4, *v^{is} Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.* — L. 4 initio, L. 9, D. *de usufr. accresc.* 7, 2; L. 6, pr., D. *de usufr. ear. rer., quæ usu consum.* 7, 3; L. 19, L. 26, § 1, D. *h. t.* — L. 3, § 2, D. *de usufr. accresc.* 7, 2.

(8) § 1, l. *de usufr.* 2, 4, *v^{is} et contra. heres vero usumfructum;* L. 6, pr. i. f., D. *cod.* 7, 1; L. 4, D. *h. t.*; L. 14, C. *de usufr.* 3, 33; Cf. L. 1, § 4, l. 2, L. 3, pr., D. *de usufr. accresc.* 7, 2. — (9) Cf. L. 43, D. *h. t.*; L. 69, D. *ad leg. Falc.* 35, 2.

(10) Cf. L. 32, § 9, D. *h. t.*; L. 32, § 8, D. *h. t.*

§ 369. *Des legs relatifs à des rapports obligatoires.*

Étant donné un droit de créance préexistant, on peut le léguer soit à un tiers⁽¹⁾ soit au débiteur lui-même⁽²⁾ : dans le premier cas il y a legs de créance proprement dit (*legatum nominis*), dans le second, legs de libération (*legatum liberationis*). De ce legs d'une créance au profit d'un tiers ou du débiteur l'on doit soigneusement séparer le legs fait à un créancier de ce qui lui est dû (*legatum debiti*).

1° *Du legs de créance proprement dit*⁽³⁾. Il n'est pas nécessaire que la créance léguée appartienne au testateur ; on peut également léguer la créance d'autrui sous la même restriction qu'une chose corporelle appartenant à autrui⁽⁴⁾. Si le testateur a légué une créance personnelle ou celle de l'héritier, le légataire peut immédiatement poursuivre le débiteur par des actions utiles *quasi ex jure cesso*, d'après les principes généraux sur la cession⁽⁵⁾ ; si la créance est propriété d'autrui, l'héritier doit en faire l'acquisition préalable. Comme dans tout autre legs⁽⁶⁾, l'héritier n'est tenu de remettre la créance au légataire que dans l'état où elle se trouve⁽⁷⁾ ; si la créance n'existait point lors de la confection du legs, ou si elle s'est éteinte depuis, le legs est nul⁽⁸⁾ ou infirmé⁽⁹⁾, faute d'objet ; l'on doit en décider ainsi alors même que le testament indique la chose due, car ce n'est pas cette chose, mais la créance qui fait l'objet du legs⁽¹⁰⁾.

(1) § 21 initio, I. h. t. — (2) § 21 i. f., I. cit.

(5) HAVNOLD, *De legato nominis*, Leipzig, 1793 (*Opuscula academica* I, p. 497-372 (1823)). — (4) T. II, § 334, III.

(5) L. 48, C. h. t., 6, 37 (T. I, § 176, IV). — Cf. § 21, I. h. t., *v^{is} at actiones suas heres legatario præstet* ; L. 10, D. de liber. leg. 34, 5.

(6) T. II, § 362, I i. f., ebn. avec § 364, 1°.

(7) Arg. L. 44, § 6, L. 73, § 2, *v^{is} et, si debitor maneret*, L. 103, D. h. t.¹.

(8) L. 73, § 1, *v^{is} Si mihi, quod* *quantum fuerit legatum*, D. h. t.¹.

(9) § 21, I. h. t., *v^{is} nisi exegerit* *extinguitur* ; L. 73, § 2, *v^{is} nam et si vivus exegisset*, et L. 82, § 3, *v^{is} Si tamen vivus*, D. h. t.¹ ; L. 21, pr. et § 1, D. de liber. leg. 34, 3.

(10) L. 73, § 2, *v^{is} proinde et si* *debitor debet*, D. h. t.¹. — Voyez cependant L. 31, § 3, D. de adim. v. transfer. leg. 34, 4, L. 76, § 3, D. h. t.², et L. 96, pr., D. h. t.¹. — Sur des cas particuliers voyez L. 73, § 3-4, L. 76, D. h. t.¹, L. 80, § 1, D. h. t.².

2° *Du legs de libération* (D. de *liberatione legata* 34, 3). Le legs de libération qui n'est qu'une variété du précédent, est soumis à la même théorie⁽¹¹⁾. Il confère au légataire le droit de se faire décharger de sa dette par l'héritier⁽¹²⁾; cette libération doit lui être procurée par les voies ordinaires, qu'il soit débiteur de la succession, de l'héritier ou d'un tiers⁽¹³⁾. Dans les deux premiers cas, il peut généralement réclamer sa libération par une acceptation⁽¹³⁾, s'il ne préfère repousser par une exception l'héritier qui lui demanderait le paiement⁽¹⁴⁾; cependant, il suffit d'une libération par simple pacte lorsque le légataire a des coobligés que le testateur n'a pas voulu libérer et qui, après avoir payé la dette, sont sans secours contre le légataire de libération; en effet, l'héritier doit conserver son action contre les coobligés quand il n'en résulte aucune lésion des droits du légataire⁽¹⁵⁾.

3° *Du legs d'une chose due*⁽¹⁶⁾. Ce legs, qui peut avoir pour objet une chose due au légataire par le testateur ou par un autre, n'est valable que si, sous un rapport quelconque, la créance naissant du legs présente un avantage sur la créance qui appartient déjà au légataire; dans le cas contraire le legs est nul pour défaut d'intérêt⁽¹⁷⁾. L'objet véritable de la libéralité dont il s'agit n'est pas la dette, car on lègue des droits et non des dettes, mais la chose corporelle due par le débiteur. Il s'ensuit que le legs est valable malgré l'absence d'une dette, pourvu que le testateur ait indiqué la chose qu'il croyait due, sinon le legs est nul faute de toute détermination⁽¹⁸⁾; on ne peut objecter que la chose léguée l'a été comme

(11) L. 8, pr., L. 11 initio, D. h. t. — L. 73, § 2, *vis Quodsi addiderit..... multum interest*, D. de leg. 1^o, 30; L. 15 initio, L. 23, *vis Legavi Titio..... testator existimaverit*, D. h. t.; L. 7, § 4, L. 21, pr. et § 1, L. 24, D. h. t.

(12) § 13, I. h. t., *vis sed et potest a debitore conveniri (heres), ut liberet eum*; L. 22, D. h. t. — (13) L. 3, § 3, D. h. t., *vis et si quidem..... per acceptationem*.

(14) § 15 initio, I. h. t.; L. 22 in medio, D. h. t.; L. 17, C. de fideic. 6, 42.

(15) L. 3, § 3-4, L. 3, pr. et § 1, D. h. t. — (16) MARTENS, *De legato debiti*, Halle, 1832.

(17) § 14 initio et 13 initio, I. h. t.; L. 3, § 3 i. f., L. 11, *vis Item quantum est..... ex pristina obligatione*, L. 15 i. f. ebn. avec l'initium, L. 14, D. de liber. leg. 34, 3; L. 1, C. comm. de leg. et fideic. 6, 43; Cf. § 14 i. f., I. h. t.

(18) § 13, I. h. t., *vis Sed si..... inutile esse legatum*; L. 73, § 1, D. h. t.¹, *vis nam et si quod..... nullum esse legatum*; L. 23, D. de liber. leg. 34, 3, *vis Contru autem..... si sine quantitate legat*.

due; c'est là une désignation accessoire dont l'inexactitude ne saurait annuler la libéralité : *falsa demonstratio non nocet* (19). Nous constatons ici une différence importante avec les deux legs précédents, qui sont toujours nuls en l'absence d'une dette.

§ 370. *Du legs universel.*

I. *de fideicommissariis hereditatibus* 2, 25; D. *ad senatusconsultum Trebellianum* 36, 1; C. *eodem* 6, 49.

ARNDTS. *Weiske's Rechtslexikon* IV, p. 286-293 (1845).

I. NOTIONS HISTORIQUES. A) *Du legs de quotité.* Jusque sous Justinien le legs de quotité ne constituait qu'une succession à titre particulier; en conséquence, l'héritier succédait seul aux créances et aux dettes héréditaires; lui seul avait action contre les débiteurs du défunt, et était soumis à la poursuite des créanciers héréditaires. Mais, comme l'intention évidente du testateur avait été de partager entre l'héritier et le légataire de quotité les créances et les dettes héréditaires, aussi bien que le reste de son patrimoine, l'héritier et le légataire avaient recours à des stipulations réciproques, en vue de ménager leurs intérêts respectifs : le légataire partiaire stipulait de l'héritier sa part dans les créances de la succession que l'héritier viendrait à toucher, ou bien il se faisait céder partiellement par lui les actions héréditaires; de son côté, l'héritier se faisait promettre une indemnité pour la part du légataire dans les dettes de la succession que lui l'héritier aurait à payer; de là l'expression de *stipulationes partis et pro parte* (*id est, pro parte heredem indemnem fore vel defensum iri*) (1).

B) *Du fideicommiss universel.* On suivit d'abord les mêmes règles dans les fideicommiss universels, sauf que les stipulations *partis et*

(19) § 13, I. h. t., vis si vera certa pecunia.....; L. 75, § 1, D. h. t.¹, vis quum si decem.....; L. 25, D. de liber. leg. 34, 3, vis Quodsi centum..... (T. II, § 552 cbn. avec § 528, I, 2°).

(1) ULP. XXV, 15 i. f., cbn. avec L. 164, § 2, L. 163, D. de F. S. 50, 16; Cf. GAIUS, II, 252 i. f.

pro parte qui ne convenaient pas aux fidéicommissaires de toute la succession, étaient remplacées par des stipulations *emtæ et venditæ hereditatis* rendues possibles par une vente fictive de la succession (2). Mais on ne tarda pas à déroger à ce système :

1° Sous Néron le sénatus-consulte Trébellien le renversa un instant complètement, en proclamant le principe absolu que du fidéicommissaire universel résulterait dans tous les cas une succession à titre universel avec ses conséquences (3). Cette réforme radicale n'eut qu'une durée éphémère.

2° Dès le règne de Vespasien fut porté le sénatus-consulte Pégasien. Il maintint le principe du sénatus-consulte Trébellien, lorsque le fidéicommissaire s'élevait au maximum aux trois quarts de la succession (4). Mais il revint au droit antérieur, et considéra le fidéicommissaire universel comme simple successeur particulier, quand il avait reçu au delà des trois quarts de l'hérédité (5); dans ce cas ou recourait comme par le passé à des stipulations, et notamment aux stipulations *partis et pro parte* si l'héritier retenait, soit la portion héréditaire indiquée dans le testament, soit la quarte Falcidie (6), et aux stipulations *emtæ et venditæ hereditatis* lorsque, renonçant à la quarte, il restituait l'hérédité entière pour se conformer à la volonté du testateur (7). La distinction établie par le sénatus-consulte Pégasien entre les fidéicommissaires supérieurs aux trois quarts et les autres était des plus arbitraires : un fidéicommissaire important produisait des effets moins étendus qu'un fidéicommissaire minime !

C) *Réformes de Justinien.* 1° Justinien, par une disposition formelle, rétablit le sénatus-consulte Trébellien relatif aux fidéicommissaires :

(2) GAIUS, II, 252.

(3) GAIUS, II, 253; § 4, I. h. t.; L. 1, § 1, 2, 4, 5 et 7, L. 27, § 7-8, D. h. t.

(4) GAIUS, II, 253 (§ 6, I. h. t., *viz Ergo si quidem..... tanquam in heredem*); ULPEN, XXV, 14 initio.

(5) GAIUS, II, 256 et 257 initio chn. avec 251 i. f. (§ 6, I. h. t., *viz At si plus..... onera hereditaria sustinebat*, chn. avec § 3 i. f., I. h. t.); ULPEN, XXV, 14 i. f. et 15 initio.

(6) GAIUS, II, 254 i. f. et 257 in medio, chn. avec 251 i. f. (§ 3 i. f. et 6, *viz Sed quarta quidem..... legatarium et heredem*, chn. avec § 3 i. f., I. h. t.); ULPEN, XXV, 13 i. f.

(7) GAIUS, II, 257 i. f.; § 6, I. h. t., *viz si vero totam..... interponebantur*.

il décida qu'un fidéicommiss universel quelconque donnerait naissance à une succession à titre universel (8).

2° L'empereur ne prit aucune décision directe par rapport aux legs de quotité; mais nous n'en devons pas moins tenir pour constant qu'eux aussi forment dans sa législation une succession universelle. Les legs et les fidéicommiss ont été assimilés entre eux d'une manière générale, et sans aucune exception pour le cas où ils seraient universels (9); dès lors il est arbitraire de créer cette exception (10). D'ailleurs, Justinien ne déclare-t-il pas qu'on ne doit avoir égard dans les legs qu'à la volonté réelle du disposant (11), et ne représente-t-il pas d'autre part comme une entrave inutile les stipulations qui avant lui intervenaient dans les fidéicommiss universels (12)? Quant aux passages des Pandectes qui reproduisent l'ancienne théorie des legs de quotité (13), ce sont, comme tant d'autres, des renseignements historiques (14). La grande majorité des interprètes modernes défend cette solution (15).

(8) § 7, *vis Sed quia*. *adversus eum competunt*, et § 8, *l. h. t.*

(9) L. 2, C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43; § 3 initio, l. *de leg.* 2, 20.

(10) et surtout de ne repousser l'assimilation que pour notre cas, en soumettant les legs de quotité à tous les autres principes des fidéicommiss universels.

(11) L. 4 in medio, C. *comm. de leg. et fideic.* 6, 43; § 2 i. f., l. *de leg.* 2, 20.

(12) § 7 initio, l. *h. t.*

(13) L. 59, pr., D. *de V. et P. S.* 28, 6; L. 23, L. 26, § 2, L. 27, L. 104, § 7, D. *de leg.* 1^o, 50; L. 8, § 3, L. 9, D. *de leg.* 2^o, 51; L. 22, § 3, D. *h. t.*

(14) On peut aussi les appliquer à l'hypothèse où le testateur aurait clairement manifesté l'intention de n'admettre qu'une succession à titre particulier. L'on doit en dire autant des lois 26, § 2, et 27, D. *de leg.* 1^o, 50 (WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 666, note f).

(15) Voyez en notre sens : VON LÖHN, *Magazin* IV, p. 90 et 94 sq. (1825). — WARNKOENIG, *Comment.* III, no 1183 i. f. — MEIER, in *Schweppe's röm. Privatrecht* V, § 930, note 8 i. f. — MACKELDEV, *Lehrb.* II, § 708, 3^o, note i. — MAREZOLL, *Zeitschrift für Civilr. u. Prozess* IX, p. 268 sq. (1836). — WENIG-INGENHEIM, *Lehrb.* III, § 542 i. f. — MAYER, l. c. II, § 12 et 13 i. f. — PUCHTA, *Pand.* § 333 initio, et *Vorles.* II, *eod.* — SENTENIS, *Civilrecht* III, § 219, *Ann.* 1. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 336, *Ann.* — ARNDTS, *Weiske's Rechtslexikon* VI, p. 325-324, et *Lehrb.* § 380, *Ann.* 2. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 662, note 1. — Cf. GOESCHEN, *Vorles.* III (2), § 1019 i. f. — Contra HASSE, *Rhein. Museum* III, p. 14, note (1829). — ROSSHIART, l. c. I, p. 133 sq. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* III, § 743, 1^o, et note 2. — NAMUR, *Institutes* II, ad § 380, p. 223-226. — Cf. THIBAULT, *System* II, § 904, 2^o, et 920-930. — KELLER, *Pand.* § 370 et 388.

II. THÉORIE DU DROIT DE JUSTINIEN. En général, la théorie commune des legs s'applique aux legs universels⁽¹⁶⁾. Entre autres il y a lieu à la quarte Falcidie, en vertu de la loi Falcidie ou du sénatus-consulte Pégasien⁽¹⁷⁾, et cette quarte se calcule comme pour les legs particuliers, ainsi qu'on l'admet presque universellement de nos jours⁽¹⁸⁾; la qualification de quarte Trébellianique qu'on lui a donnée à cause du sénatus-consulte Trébellien, n'est pas romaine⁽¹⁹⁾. Les règles suivantes restent seules à relever :

1° Pour être universel, le legs doit porter sur toute la succession du testateur ou sur une quote-part de cette succession⁽²⁰⁾, ou bien encore sur une succession échue au testateur et contenue par conséquent dans la sienne⁽²¹⁾. Il n'est pas universel s'il n'a pour objet que des biens déterminés, quelle que soit leur importance; d'après cela sont particuliers le legs d'une succession échue à l'héritier⁽²²⁾ et le legs de l'usufruit de la succession propre du disposant⁽²³⁾. En sens inverse, le legs ne cesse pas d'être universel parce que l'héritier a reçu du disposant, soit le droit de retenir des objets particuliers épuisant presque tout le legs universel⁽²⁴⁾, soit l'usufruit d'un tel legs⁽²⁵⁾.

2° Le legs universel est indépendant de l'hérédité et de son acquisition par l'héritier, contrairement à un principe fondamental des legs⁽²⁶⁾; il n'est pas en effet subordonné à l'acceptation de l'héritier; si cette acceptation n'a pas lieu, elle est réputée faite et la fiction supplée à la réalité. Tel est le seul sens raisonnable que l'on puisse attribuer à la règle du sénatus-consulte Pégasien, d'après laquelle l'héritier pouvait être forcé d'accepter la succession dans l'intérêt du fidéicommissaire universel⁽²⁷⁾; car cette contrainte sur la volonté

(16) § 10-11, I. h. t.; L. 1, § 3 et 8, L. 6, § 1, D. h. t.; L. 5, C. h. t. — L. 23, pr., L. 46, D. h. t.; L. 21, C. de fideic. 6, 42. — (17) GAUS, II, 234 initio; § 3 initio, I. h. t.

(18) Voyez VANGEROW, *Lehrb.* II, § 356, *Anm.*, et WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 666, note 8.

(19) Cf. § 7, I. h. t. — WINDSCHEID, l. c. — (20) L. 27, § 8, D. h. t.

(21) L. 16, § 3-6, D. h. t. — (22) L. 27, § 9, D. h. t. — (23) L. 69, D. ad leg. Falc. 35, 2.

(24) § 9, I. h. t.; L. 1, § 21, L. 50, § 3, D. h. t. — (25) Arg. L. 69, D. ad leg. Falc. 35, 2.

(26) T. II, § 548, I, 1°.

(27) GAUS, II, 238; ULPICH, XXV, 16; § 6 i. f. et 7 i. f., I. h. t.; L. 17 i. f., D. si quis omissa causa testam., 29, 4; L. 4-3, D. h. t.

humaine est une impossibilité⁽²⁸⁾. Aussi l'héritier fiduciaire, qui refuse de faire adition, demeure étranger à la succession activement⁽²⁹⁾ et passivement⁽⁵⁰⁾.

3° L'acquisition du legs universel n'a pas lieu de plein droit⁽⁵¹⁾ : elle exige une déclaration de restituer de la part de l'héritier⁽⁵²⁾ ; elle ne s'opère de plein droit que si le fiduciaire veut se soustraire frauduleusement à la restitution, s'il meurt sans laisser d'héritiers, ou bien si lui-même ne possède l'hérédité qu'en vertu d'un legs universel⁽⁵³⁾. Il en résulte que le fiduciaire acquiert momentanément la succession avec les effets ordinaires⁽⁵⁴⁾. Mais les biens héréditaires sont frappés entre ses mains d'une prohibition d'aliéner, dans l'intérêt du légataire universel⁽⁵⁵⁾, à moins que l'aliénation ne soit justifiée par les circonstances⁽⁵⁶⁾ ; cette prohibition d'aliéner rendait inutile l'hypothèque légale attachée aux legs particuliers⁽⁵⁷⁾. Au reste il va de soi que lors de la restitution de l'hérédité, il faudra rétablir l'état de choses antérieur à l'acquisition de la succession par le fiduciaire⁽⁵⁸⁾.

4° Une fois que le légataire universel a acquis son legs, il est réputé héritier pour la quote-part de succession qu'il a recueillie⁽⁵⁹⁾, et conséquemment le fiduciaire ne l'est plus que pour celle qui lui est restée⁽⁴⁰⁾, et même plus du tout s'il n'a pas retenu de quote-part⁽⁴¹⁾.

(28) L. 14, § 1, D. h. t. ; L. 65, § 14, D. h. t. ; L. 14, § 2, D. h. t. — L. 7, § 1, C. h. t. ; L. 14 éba. avec L. 15, § 4, D. de testam. mil. 29, 1.

(29) § 7 i. f., l. h. t. ; L. 4 in medio, L. 14, § 4, L. 16, § 4, L. 27, § 2, L. 53, § 5 i. f., D. h. t. — Voyez aussi L. 27, § 14, L. 33, § 5, D. h. t. ; Cf. L. 27, § 1, D. h. t. ; L. 44, § 4-5, D. de condit. 33, 1. — (50) § 7 i. f., l. h. t. ; L. 59, pr., D. h. t.

(51) Arg. Nov. 108, c. 2. — La loi 1, C. comm. de leg. et fideic. 6, 45 est sans application aux legs universels. — Contra MAYER, l. c. II, § 12, notes 6 et 7.

(52) L. 57, pr., L. 65, L. 65, § 4, D. h. t. ; Cf. L. 57, § 1-2, L. 58, L. 59, L. 40, § 2, L. 41, L. 42, pr., L. 66, § 1, D. h. t. — (53) L. 7, § 1, C. h. t.

(54) L. 27, § 11, L. 58, pr., L. 59, pr., L. 75, § 1, L. 80, D. h. t. — L. 27, § 7 i. f., D. h. t. ; L. 104, D. de solut. 46, 5. — (55) L. 5, § 2-4, C. comm. de leg. et fideic. 6, 45.

(56) L. 114, § 14 i. f., D. de leg. 1^o, 50 ; L. 5, § 4 in medio, C. comm. de leg. et fideic. 6, 45 ; L. 89, § 7, D. de leg. 2^o, 51. — L. 22, § 4, D. h. t. — Nov. 59, c. 1, et Authent. ad L. 3, § 5, C. comm. de leg. et fideic. 6, 45 ; L. 22, § 4, D. h. t.

(57) Arg. Nov. 108, c. 2. — (58) L. 27, § 7 i. f., L. 75, § 1, D. h. t. ; L. 1, C. h. t.

(59) L. 3, § 1 i. f., D. quod cum eo, qui in al. potest. 14, 3 ; L. 4, § 5 i. f., D. de bon. libert. 58, 2. — (40) L. 1, § 19, v^o Si vero nomen, ..., D. ut legat. 56, 5.

(41) § 9, l. h. t. ; L. 1, § 21, L. 50, § 5, D. h. t.

C'est d'après ce principe que se déterminent les droits des deux parties vis-à-vis des débiteurs de la succession⁽⁴²⁾ ainsi que leurs obligations envers les créanciers héréditaires et les légataires particuliers⁽⁴³⁾ : à l'égard de ces derniers le fiduciaire qui a restitué le legs universel, n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce qu'il a gardé au delà de sa quarte calculée sur sa portion héréditaire primitive⁽⁴⁴⁾ ; quant au légataire universel, il ne peut leur faire subir qu'une réduction proportionnelle à celle que le fiduciaire a fait subir à lui-même⁽⁴⁵⁾. Si le fiduciaire a retenu des objets déterminés d'une valeur supérieure à sa quarte, les légataires particuliers qui ne parviennent pas à se faire payer intégralement par le légataire universel, jouissent d'un recours contre le fiduciaire pour ce qu'il détient au-dessus de sa quarte⁽⁴⁶⁾. Enfin, si le fiduciaire n'a pas voulu accepter la succession, le légataire universel peut réduire les legs particuliers comme le fiduciaire aurait été en droit de le faire s'il avait accepté⁽⁴⁷⁾. Le légataire universel dispose de la pétition d'hérédité, dite fidéicommissaire⁽⁴⁸⁾, et de l'action en partage de la succession⁽⁴⁹⁾.

§ 370^{bis}. De la substitution fidéicommissaire.

Par opposition à la substitution directe dont il a été question ailleurs⁽¹⁾, on appelle substitution fidéicommissaire le fidéicommiss de conserver et de rendre des biens héréditaires après un certain

(42) § 6 i. f., 7 i. f. et 9, *vis Sed illud interest*....., l. h. t.; L. 1, § 2 i. f., L. 50, § 3, D. h. t.; L. 4, C. h. t.

(43) L. 1, § 20-21, D. h. t.; L. 1, § 19, *vis Si vero nomen*....., L. 13, § 1, D. ut legat. 56, 3; L. 2, C. h. t.

(44) L. 1, § 20, D. h. t.; Arg. L. 2, D. h. t., *vis Qui quadringenta reliquit*..... hereditatem restitueret... quo evenit..... septuagintaquinque.

(45) Arg. L. 2, D. cit., *vis citis*. — (46) L. 1, § 17, D. h. t.

(47) L. 63, § 11, L. 53, § 2, *vis Non est contrarium*..... adstringi, cdu. avec le commencement du passage, L. 2, *vis Qui quadringenta reliquit*..... damnatus sit, cf. *vis quo evenit*....., D. h. t. — Sur certaines clauses testamentaires relatives à cette matière, voyez L. 3, pr. et § 1, D. h. t., L. 3, § 2, L. 16, § 3, et L. 51, D. h. t. — VANGEROW, *Lehrb.* II, § 339, *Anm.*, et WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 667.

(48) L. 1-2, D. de fideic. hered. petit. 5, 6.

(49) L. 24, § 1, L. 40, D. fam. ercisc. 10, 2.

(1) T. II, § 329, I, et § 360 initio.

temps ou sous une certaine condition (2). Le caractère distinctif de ce fidéicommiss est la prohibition d'aliéner faite au grevé; les biens faisant l'objet du fidéicommiss sont en quelque sorte vinculés entre ses mains; ils ne peuvent en sortir, toute aliénation est nulle (3). Parmi les substitutions fidéicommissaires nous signalerons les suivantes :

1° Le fidéicommiss est souvent laissé pour l'époque de la mort du grevé (4).

2° Il peut être organisé à plusieurs degrés, le premier substitut devant restituer à un second, celui-ci à un troisième, etc. (5); il arrive ainsi que le fidéicommiss profite à des personnes conçues seulement après la mort du disposant.

3° Une substitution fidéicommissaire qui réunit régulièrement les deux caractères précédents, est le fidéicommiss de famille, c'est-à-dire le fidéicommiss fait par le testateur au profit de sa famille propre ou d'une famille étrangère (6). Sauf disposition contraire, ce fidéicommiss passe d'abord à l'héritier présomptif *ab intestat* du testateur ou au conjoint survivant de cet héritier (7), puis à l'héritier *ab intestat* du premier détenteur ou au conjoint survivant dudit héritier, si le détenteur n'a ni désigné *ad hoc* ni institué pour son héritier un autre membre de sa famille (8), et ainsi de suite; mais afin que les biens fidéicommissaires ne demeurent pas à jamais hors du commerce, Justinien veut que le fidéicommiss s'éteigne dans la quatrième main (9).

4° Si la substitution fidéicommissaire porte sur ce qui restera au grevé à l'époque de sa mort (*fideicommissum ejus quod superfuturum est*), le restant soumis au fidéicommiss doit, sauf le cas d'une aliénation nécessaire (10), s'élever au moins au quart des biens reçus (11).

(2) § 9 i. f., l. de pupill. substit. 2, 16; L. 41, § 5 initio, D. de V. et P. S. 28, 6; L. 6, C. de instit. v. substit. s. restit. sub condit. fact. 6, 23; L. 50, C. de fideic. 6, 42.

(3) L. 58, § 3, D. h. t.²; L. 69, § 3 initio, D. h. t.²; L. 114, § 15, D. h. t.¹; Nov. 159, c. 1; Cf. L. 114, § 14 i. f., D. h. t.¹; L. 78, § 4, L. 69, § 1, D. h. t.².

(4) L. 41, § 5 initio, D. de V. et P. S. 28, 6; L. 6, C. de instit. etc. 6, 23; L. 50, C. de fideic. 6, 42. — (5) Arg. § 11, l. de fideic. hered. 2, 25; L. 1, § 8, D. ad scutum Trebell. 36, 1.

(6) L. 77, § 27, D. h. t.². — (7) L. 3, C. de V. S. 6, 58.

(8) L. 67, pr. et § 2, L. 69, § 3, D. h. t.²; L. 114, § 15-16, D. h. t.¹.

(9) Nov. 139, c. 2, ¹⁶ *Quantum vero...* — LEWIS, *Das Recht des Familienfideicommisses*, Berlin, 1868. — (10) Nov. 108, c. 1 i. f. et 2 initio.

(11) Nov. 108, c. 1 initio et 2 i. f.

TITRE III.

DES DONATIONS A CAUSE DE MORT; § 371.

- I. de donationibus 2, 7; D. de mortis causa donationibus et capionibus 39, 6;
C. de mortis causa donationibus 8, 37.

MÜLLER. *Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall*. Giessen, 1827.

HASSE. *Rheinisches Museum* II, p. 500-566, III, p. 1-13 et 371-417 (1828-1829).

SCHROTER. *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* II, p. 97-152 (1829).

DE SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts* IV, § 170-174. Berlin, 1841.

FESTER. *De mortis causa donatione*. Heidelberg, 1841.

HEIMBACH. *Weiske's Rechtslexikon* IX, p. 709-722 (1853).

GLASSON. *Revue critique de législation et de jurisprudence* XXXIV, p. 512-527, 422-452, 498-508 et 532-564, XXXV, p. 33-72, 167-182, 238-276 et 418-478, XXXVI, p. 52-73, 249-266, 466-467 et 473-480. Paris, 1869-1870.

I. *Principes généraux*. 1° La donation à cause de mort (*mortis causa donatio*) est celle dont l'efficacité est subordonnée au décès du donateur⁽¹⁾. Le plus souvent elle intervient à l'occasion d'un danger imminent pour la vie du donateur⁽²⁾; mais cette circonstance n'est pas essentielle⁽³⁾. Le caractère réellement distinctif de la donation à

(1) Mais la donation qui dépend de la mort d'un tiers, est une donation entre-vifs faite sous une condition *sui generis* (L. 11, L. 18, pr., L. 31, § 2 in medio, D. *h. t.*; L. 3, C. *h. t.*). — En ce sens DE SAVIGNY, l. c. § 170, p. 245, et l'opinion commune. — Contra GLASSON, l. c. XXXIV, p. 422-424, et NAMUR, *Institutes* II, § 581, 1°.

(2) PAUL, II, 25, § 1; III, 7, § 1; § 1 initio, l. *h. t.*; L. 2 i. f., L. 3-6, L. 51, § 2 i. f., L. 33, § 4 initio, D. *h. t.*; L. 4 initio, C. *h. t.*

(3) L. 2 initio, L. 31, § 2 i. f., L. 33, § 4 initio, L. 45, D. *h. t.*; L. 4 initio, C. *h. t.*

cause de mort consiste dans l'intention du donateur de faire dépendre de son décès le sort de la libéralité⁽⁴⁾, intention qui est naturellement accompagnée de la pensée de la mort⁽⁵⁾. Or, une libéralité peut être subordonnée en trois sens différents à la mort du donateur. En premier lieu vient la caducité de la donation par la survie du donateur au donataire⁽⁶⁾. En second lieu, lorsque la libéralité est provoquée par un péril imminent à courir par le donateur, il y a caducité par cela seul que le donateur échappe au péril, sans que sa survie soit nécessaire⁽⁷⁾; sous ce rapport il est vrai de dire, que si le donateur préfère le donataire à ses héritiers, il se préfère personnellement au donataire⁽⁸⁾. En troisième lieu, la donation à cause de mort est révocable par la simple volonté du donateur⁽⁹⁾. Mais aucune de ces trois causes de dépendance n'est de l'essence de la donation à cause de mort; chacune d'elles peut être exclue par la convention des parties, il suffit qu'il en reste une seule; en effet, il est évident que la donation subordonnée sous l'un des trois rapports prémentionnés à la mort du donateur, est faite à cause de mort⁽¹⁰⁾.

2° La nature de la donation à cause de mort est complexe : considérée au point de vue des conditions de sa validité, c'est une donation; mais c'est une donation qui produit les effets d'un legs; l'un et l'autre principe ne sont pas cependant absolus. Telle nous paraît être la portée d'une constitution obscure de Justinien, appelée à trancher une ancienne controverse sur la nature de la donation à cause de mort et sur les règles qu'il fallait lui appliquer; l'empereur

(4) PAUL, III, 7, § 2 i. f.; L. 27 initio, L. 32, L. 33, § 2 initio, L. 42, § 1, D. h. t.

(5) L. 43 i. f., D. h. t.; L. 31, § 2 i. f., L. 2 initio, D. h. t. — Contra GLASSON, l. c. XXXIV, p. 324-325 et 450, note 1.

(6) § 1 initio, l. h. t.; L. 13, § 1 in medio, L. 33, § 4 i. f., L. 29 i. f., L. 26, D. h. t.

(7) PAUL, III, 7, § 1-2; § 1 initio, l. h. t.; L. 24, L. 33, § 3 initio, D. h. t.

(8) § 1 i. f., l. h. t.; L. 1, pr., L. 33, § 2, D. h. t.

(9) PAUL, III, 7, § 2, *vo pœnitentia*; § 1 initio, l. h. t.; L. 13, § 1 in medio, L. 33, § 4 i. f., L. 16, L. 30, D. h. t.

(10) L. 13, § 1, L. 33, § 4, *vis Nam et sic*, D. h. t.; Nov. 87, præf. i. f. et c. 1 in medio. — On a soutenu le contraire pour la première cause de dépendance (VANGEROW, *Lehrb.* II, § 361, *Ann.*, n° II, et GLASSON, l. c. XXXIV, p. 325 et 450), mais voyez L. 13, § 1, D. h. t., *vis nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur*, L. 33, § 4, *iisdem verbis*, D. h. t.

y assimile en thèse générale les donations à cause de mort aux legs, sans nous apprendre où s'arrête l'assimilation (11).

II. *Conditions de la validité de la donation à cause de mort.*
Comme nous venons de le dire, c'est la théorie des donations entrevifs qui est ici décisive, qu'il s'agisse de la capacité des parties contractantes (12), des conditions objectives de la donation (13), ou de sa perfection (14). Mais Justinien apporta à cette règle une modification importante, en statuant que dans les donations à cause de mort supérieures à cinq cents solides et soumises de ce chef à l'insinuation (15), les parties auraient la faculté de remplacer l'insinuation par la forme codicillaire (16).

III. *Effets de la donation à cause de mort.*

A) Sous ce second rapport, la donation à cause de mort se rattache vraiment au legs, comme le déclare Justinien (17). En particulier :

1° Elle ne produit par elle-même aucun effet immédiat : le donataire n'acquiert d'autres droits sur la chose donnée que ceux que le donateur veut bien lui concéder (18) ; mais dans le cas de tradition de la chose, on doit présumer jusqu'à preuve contraire que la propriété est transférée sous condition résolutoire plutôt que sous condition suspensive, telle étant l'interprétation naturelle de la tradition (19). Il y a plus : la libéralité peut venir à tomber pour l'un des trois motifs indiqués ci-dessus (20).

2° Le donateur (21) et le donataire (22) doivent être respectivement

(11) § 1 in medio, I. h. t.; L. 4, C. h. t.; Nov. 87, præf. in medio.

(12) Arg. L. 22, D. h. t. — L. 1, § 1, D. de tut. act. 27, 5; L. 23, § 1, D. h. t.; L. 11, præf. cba. avec L. 9, § 2, L. 10, D. de donat. inter V. et U. 24, 1; Cf. L. 13, D. h. t. — T. II, § 246, I. — (13) T. II, § 246, II. — (14) L. 38 initio, L. 53, § 7, D. h. t. — T. II, § 246, III.

(15) et non dans les autres : Contra MÜLLER, I c. § 27 28, et NAMUR, *Institutes* II, § 582, 4°.

(16) L. 4, C. h. t.; Nov. 87, præf. in medio. — WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 676, 2°, et note 3. — Cf. VASEROW, *Lehrb.* II, § 363, Ann., n° II.

(17) Voyez les textes de la note II. — (18) L. 2 in medio et i. f., L. 29, D. h. t.

(19) Arg. L. 1, præf. i. f., D. de donat. 39, 5; L. 13, § 1, L. 53, § 4 i. f., D. h. t.

(20) § 1 initio, I. h. t.; PAUL, III, 7, § 2; L. 1, præf., L. 2 initio, I. 15, § 1 in medio, L. 16, L. 24, L. 26, L. 29 i. f., L. 50, L. 53, § 2, 5 initio et 4 i. f., D. h. t.

(21) L. 7, D. h. t. — (22) L. 22, L. 9, D. h. t.; Arg. L. 13, D. h. t.

capables de donner et de recevoir à cause de mort, au décès du premier.

5° La donation devenue parfaite est acquise au donataire de plein droit, en dehors de toute tradition⁽²⁵⁾.

4° Entre plusieurs codonataires à cause de mort fonctionne le droit d'accroissement⁽²⁴⁾.

5° Le donataire à cause de mort peut être chargé de legs⁽²⁵⁾.

6° Il n'est payé sur la succession qu'après les créanciers héréditaires⁽²⁶⁾.

7° Il est soumis au retranchement de la quarte Falcidie⁽²⁷⁾.

Et généralement toutes les autres règles de la théorie des legs reçoivent leur application à la donation à cause de mort⁽²⁸⁾.

B) Il n'en subsiste pas moins quelques différences :

1° La donation à cause de mort est une succession directe au *decurjus* ; c'est pourquoi elle est indépendante de l'hérédité⁽²⁹⁾, et s'acquiert dès l'instant du décès du donateur⁽³⁰⁾.

2° Elle ne forme jamais une succession à titre universel, car elle ne saurait porter que sur les biens présents⁽³¹⁾.

(25) L. 2 i. f, D. h. t. — (24) L. un, § 14, C. de cad. toll. 6, 31.

(23) L. 77, § 1 initio, D. de leg. 2°, 51; L. 1, C. h. t.

(26) L. 66, § 1, D. ad leg. Falc. 53, 2; L. 17, D. h. t.

(27) PAUL, III, 8, § 1; L. 77, § 1 initio, D. de leg. 2°, 51; L. 3, C. ad leg. Falc. 6, 30; L. 2 i. f, C. h. t.

(28) Nov. 22, c. 44; L. 1, § 2 in medio, D. usufruct. quemadm. cav. 7, 9; L. 8, § 2 in medio, D. de transact. 2, 13. — (29) L. 23, pr., D. h. t.

(30) PAUL, III, 7, § 2 i. f.; L. 2 i. f., L. 32, D. h. t. — Voyez encore L. 1, § 3, D. quod legat. 43, 3.

(31) Cf. L. 42, pr., D. h. t. (T. II, § 247, 5°). — Voyez encore L. 3, § 17, D. de his, quæ ut ind. aufer. 34, 9, et L. 33, § 7, D. h. t.

TITRE IV.

DES MORTIS CAUSA CAPIONES; § 372.

D. de mortis causa donationibus et capionibus 39, 6.

SCHLAGINTWEIT. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen R. u. D. P. R.* VI, p. 518-577 (1865).

On entend par *mortis causa capiones*, dans le sens restreint et technique⁽¹⁾, les avantages recueillis dans la succession de quelqu'un à la suite d'une disposition de dernière volonté dont on n'avait pas le droit de poursuivre l'exécution⁽²⁾. Les *mortis causa capiones* ne dérivent donc pas d'un droit proprement dit; leur réalisation dépend de la volonté d'un tiers, et par ce caractère elles se séparent fondamentalement des legs. Elles ont cependant un caractère juridique à cause de la disposition de dernière volonté qui leur sert de base; par là elles se distinguent des acquisitions purement matérielles faites à l'occasion du décès d'une personne et qui demeurent étrangères au droit⁽³⁾; par là aussi elles se rapprochent des legs, qu'elles

(1) Cf. L. 51, pr. in medio, D. h. t.

(2) L. 51, pr., L. 58, D. h. t. — Exemples : 1^o L. 51, § 2 initio, L. 58 i. f., D. h. t. 2^o L. 1, § 8 i. f., D. ad leg. Falc. 33, 2.

(3) L. 8, pr., L. 21, L. 51, § 2 in medio, D. h. t.; L. 24 i. f., D. de A. v. O. H. 29, 2. — Cf. WINDSCHEID, *Lehrb.* III, § 677, note 41.

imitent parfaitement dès qu'elles se réalisent. Pour ce motif elles sont soumises à la théorie des legs⁽⁴⁾, sauf qu'en aucun cas il n'en résulte une succession universelle, parce que l'acquéreur ne succède que d'une manière tout à fait indirecte au *deujus*, et ne peut dès lors jamais être considéré comme son représentant.

(4) L. 9, L. 56, D. *h. t.*; L. 5, D. *de reb. dub.* 54, 3; Cf. L. 55, D. *de condit.* 53, 1. — L. 3, § 18, D. *de his, quæ ut iud. aufer.* 54, 9. — L. 96, § 4, D. *de leg.* 1^o, 50. — L. 18, C. *ad leg. Falc.* 6, 50; Cf. L. 1, § 8 i. f. ebn. avec l'initium, D. *cod.* 53, 2. — L. 8, § 2 i. f., D. *de transact.* 2, 15.

TITRE V.

DES TESTAMENTS MILITAIRES; § 373.

I. de *militari testamento* 2, 11; D. de *testamento militis* 29, 1; C. *eodem* 6, 21.

HENEL, *De testamento militari*, deux dissertations. Leipzig, 1813-1816.

MÜHLENBRUCH. *Fortsetzung des Glück'schen Commentars* XLII, p. 19-288 (1841).

HEIMBACH. *Weiske's Rechtslexikon* X, p. 797-813 (1836).

La théorie des testaments militaires dut son origine aux premiers empereurs romains⁽¹⁾, partie à raison de la position spéciale du soldat, partie aussi à cause de l'appui que l'armée fournissait à l'empire. Le principe qui domine la théorie des testaments militaires, est que la volonté du soldat fait loi, elle est souveraine : *militis voluntas pro jure servatur*⁽²⁾; le soldat est affranchi de toutes les prescriptions positives du droit civil, celui-ci cède la place au droit des gens et au droit philosophique. De là une transformation complète du système ordinaire des testaments, et l'organisation en vue des soldats d'un système tout nouveau, qui mérite l'attention la plus sérieuse.

I. Des privilèges des testaments militaires.

1° L'incompatibilité de la succession testamentaire et de la suc-

(1) Pr. initio et § 1, I. h. t.; L. 1, pr., L. 2, L. 24, D. h. t.

(2) Pr. in medio, I. h. t.; L. 1 i. f., C. h. t.

cession légitime n'existe pas pour le soldat. Ainsi tombe le principe *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (5).

2° Le testament du soldat ne réclame pas une institution d'héritier, contrairement à la règle *heredis institutio est fundamentum testamenti* (4).

3° Le soldat est libre de faire une institution avec des termes ou des conditions de toute nature; il est soustrait à la règle *semel heres semper heres* (5).

4° Le soldat est admis à tester par une simple manifestation de volonté, les formes testamentaires lui sont inapplicables (6). Ce qui est vrai pour la confection du testament, l'est naturellement aussi pour sa révocation (7).

5° Le soldat est sans successeurs nécessaires d'aucune espèce (8).

6° Il peut laisser plusieurs testaments proprement dits (9).

7° La loi Falcidie est sans application au testament du soldat (10).

II. Des testaments dotés de ces privilèges. Les privilèges prémentionnés appartiennent aux soldats (11) et à de non-soldats (12).

(5) § 3 i. f., l. de hered. instit. 2, 14; L. 6, L. 37, D. h. t.; L. 1, L. 2 initio, C. h. t. (T. II, § 319, I, B, 2°). — Conséquence : L. 10, § 3, D. de V. et P. S. 28, 6.

(4) Arg. L. 19, § 2, D. h. t. (T. II, § 326). — Conséquence : L. 13, § 3, L. 41, § 3, D. h. t. (T. II, § 329, II, 1°).

(5) L. 13, § 4, L. 41, pr., D. h. t.; L. 8, C. h. t. — T. II, § 328, III, 1°.

(6) Pr. in medio et § 1, l. h. t.; L. 1, pr., L. 3, L. 24, L. 33, L. 36, pr., L. 40, pr., D. h. t.; L. 13, C. h. t. — T. II, § 329.

(7) L. 13, § 2, L. 17, § 2, L. 34, § 1-2, L. 36, § 3, D. h. t. (T. II, § 337, I, A, 2°). — Autres conséquences : § 4, l. h. t. — L. 13, § 2, D. h. t.; L. 7, § 1, D. de leg. 3° 32; L. 13, D. de M. C. D. 39, 6; L. 3, C. h. t.; Cf. L. 41, § 1, D. h. t.; L. 22, C. de haret. 1, 3. — § 3, l. h. t.; L. 22-23, D. h. t.; L. 6, § 15, D. de inj. testam. 28, 3.

(8) § 6, l. de exhered. lib. 2, 13; L. 7-9, D. h. t.; L. 9, L. 24, C. de inoffic. testam. 3, 28. Voyez cependant L. 33, § 2, l. 36, § 2, D. h. t., L. 9-10, C. h. t. — T. II, § 330-336.

(9) L. 19, pr. et § 1, L. 27, L. 36, § 1, D. h. t. — T. II, § 337, I, A, 2°, a.

(10) L. 17, L. 92, L. 96, D. ad leg. Falc. 33, 2; L. 12, C. h. t.; L. 7, C. ad leg. Falc. 6, 50; Cf. L. 18 cbn. avec L. 17, § 4, D. h. t. (T. II, § 363). — Pour les substitutions pupillaires faites par des soldats, voyez L. 13, D. de V. et P. S. 28, 6, L. 41, § 4, cbn. avec L. 28, D. h. t., L. 3, D. h. t., L. 8, C. de impub. et al. substit. 6, 26, L. 6 i. f., C. h. t.

(11) L. 42, D. h. t.; L. un., § 1-2, D. de B. P. ex testam. mil. 37, 13; L. 20, pr., D. h. t.; § 3 initio, l. h. t.

(12) L. 44, D. h. t.; L. un., pr., D. de B. P. ex testam. mil. 37, 13.

Le soldat doit se trouver en campagne⁽¹⁵⁾ et le non-soldat en pays ennemi⁽¹⁴⁾. Puis, en supposant un testament fait dans ces conditions, celui du soldat ne vaut comme testament militaire que pour la durée du service⁽¹⁵⁾, et dans le cas d'un congé honorable, encore un an après⁽¹⁶⁾; quant au testament militaire d'un non-soldat, il n'a d'efficacité que si son auteur perd la vie chez l'ennemi⁽¹⁷⁾.

(15) Pr. et § 5 initio, I. h. t.; L. 17, L. 13 initio, L. 4 i. f., C. h. t.

(14) Voyez les textes cités à la note 12 — (15) L. 26 initio, D. h. t.

(16) § 5 in medio, I. h. t.; L. 5, C. h. t.; L. 21, D. h. t.; Cf. § 5 i. f., I. h. t., et L. 58, pr., D. h. t.; L. 58, § 1, D. h. t.; L. 7, D. de inj. testam., 28, 3.

(17) Voyez les textes cités à la note 12.

LIVRE SIXIÈME.

DES ACTIONS.

I. de actionibus 4, 6; D. de obligationibus et actionibus 44, 7; C. eodem 4, 10.

DUPONT (ÉV.). *Disquisitiones in commentarium quartum Institutionum Gaii recenter repertarum*. Leyde, 1822.

ZIMMERN. *Der römische Civilprozess in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*. Heidelberg, 1829 (5^{me} volume der *Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian*, du même auteur). Traduit en français par Étienne, Paris, 1843.

PREUTA (W. H.). *Ueber die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Londeigenthümer*. Giessen, 1840 (2^{de} édition; 1^{re} de 1835).

BACHOFEN. *De Romanorum judiciis civilibus, de legis actionibus, de formulis et de condictione*. Göttingen, 1840.

DE SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*, tome cinquième. Berlin, 1841.

BOJJEAN. *Traité des actions*. Paris, 1841-1843, 2 volumes (2^{de} édition; 1^{re} de 1838).

WALTER. *Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian II*, nos 653-751, cf. nos 790-822. Bonn, 1846 (2^{de} édition; 1^{re} de 1834-1840). Traduit en français sur la 1^{re} édition par Laboulaye, Paris, 1841.

SELL (K.). *Allgemeines römisches Aktienrecht*. Bonn, 1848.

BAYER. *Vorträge über den gewinen ordentlichen Civilprocess*. Munich, 1858 (8^{me} édit.).

REDOWFF. *Rechtspflege* § 1-97, cf. § 98-141. Leipzig, 1859 (2^d volume der *römischen Rechtsgeschichte* du même auteur).

BETHMANN-HOLLWEG. *Der römische Civilprozess*, 3 volumes. Bonn, 1864-1866. Ces trois volumes sont les premiers du grand ouvrage du même auteur, intitulé *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, 4 vol. et une livraison, Bonn, 1864-1871, encore inachevé; le troisième volume remplace l'ouvrage de Bethmann-Hollweg qui parut en 1854 sous le titre de *Gerichtsverfassung und Prozess des sinkenden römischen Reichs*.

KELLER. *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*. Leipzig, 1871 (4^{me} édition par Krüger; 1^{re} de 1832).

BLKKER. *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 1^{er} volume : *jas civile*. Berlin, 1871.

TITRE I.

DES ACTIONS EN GÉNÉRAL.

§ 574. Observations préliminaires.

I. *Nécessité de recourir à l'action.* Quiconque est lésé dans l'un de ses droits a l'obligation de recourir aux tribunaux, en intentant l'action qui naît du droit lésé; il ne peut se faire justice à lui-même; ce serait le règne de la force⁽¹⁾. Par conséquent :

A) Il n'est point permis de s'emparer par violence de la chose dont on est ou croit être propriétaire ou créancier, à moins que sans l'emploi de la force on ne soit menacé d'une perte irréparable⁽²⁾. Indépendamment des peines ordinaires, publiques⁽³⁾ ou privées⁽⁴⁾, qui atteignent l'auteur de la violence, celui-ci est déchu de son droit⁽⁵⁾ ou puni d'une peine équivalente au montant de sa prétention⁽⁶⁾, selon que le droit qu'il a voulu exercer par la force, lui appartenait ou non réellement; ce fut un décret célèbre de Marc-Aurèle (*decretum divi Marci*) qui donna lieu à la règle énoncée, en

(1) L. 9, C. *sol. matrim.* 5, 18; L. 1, § 2 in medio, D. *quod legat.* 43, 5; L. 176, pr., D. *de R. J.* 50, 17. — (2) L. 10, § 16, D. *quæ in fraud. credit.* 42, 8.

(3) § 6 i. f., I. *de interd.* 4, 13; § 8, I. *de publ. jud.* 4, 18; D. *ad legem Juliam de vi publica* 48, 6, et *ad legem Juliam de vi privata* 48, 7; C. *ad leg. Jul. de vi publ. v. priv.* 9, 12. — (4) L. 15, pr., D. *ad leg. Aquil.* 9, 2; § 8, I. *de injur.* 4, 4.

(5) L. 7, D. *ad leg. Jul. de vi priv.* 48, 7; L. 15 ehn. avec L. 12, § 2 i. f., D. *quod metus causa* 4, 2. — § 1, I. *de vi bon. rapt.* 4, 2, *vis Sed ne.*; § 6 in medio, I. *de interd.* 4, 13; L. 7 initio, C. *unde vi* 8, 4.

(6) § 1, I. *cit.*, *vis citia*; § 6 in medio, I. *cit.*; L. 7 i. f., C. *cit.*

prononçant la perte de la créance contre un créancier qui, de sa propre autorité, s'était mis en possession de la chose due (7).

B) De même, lorsqu'on est obligé de restituer une chose, on n'est pas autorisé à la retenir sur le fondement d'un droit réciproque contre celui à qui la restitution est due; une telle rétention est un autre moyen de se rendre justice à soi-même (8). Cependant, l'on peut retenir une chose à raison d'un droit connexe à celui de l'adversaire, et notamment si le droit réciproque dérive :

1° D'impenses faites à la chose (9).

2° D'un dommage causé par elle (10).

3° Du même acte juridique que l'obligation de restituer (11).

II. *Notion de l'action.* L'action (*actio*, de *agere*) est à proprement parler le moyen accordé par la loi pour faire valoir un droit en justice; elle désigne le fait de la poursuite judiciaire ou cette poursuite elle-même. Mais on entend encore fréquemment par action la faculté de recourir au moyen prémentionné; alors l'action devient le droit d'agir en justice, droit qui, nous l'avons vu ailleurs, appartient à la catégorie des droits de créances (12); ainsi s'explique la définition romaine : *actio est jus persequendi iudicio, quod sibi DEBITUR* (13). Toute action suppose nécessairement deux choses, un droit appartenant au demandeur et la lésion de ce droit par le défendeur;

(7) Voyez les trois premiers textes de la note 3. — LANGE, *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* I, n° 21 (1828). — BENFEY, *Rhein Museum* VII, n° 1 (1833). — SARTORIUS, *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* XX, n° 1 (1845). — SCHWARZE, *Weiske's Rechtslexikon* X, p. 125-145 (1856).

(8) L. 25, C. de loc. et cond. 4, 63; L. 4, C. de commod. 4, 25; L. 11 initio, C. depos. 4, 54.

(9) L. 63, pr., D. de R. V. 6, 1; L. 14, § 1 initio, D. comm. divid. 10, 5 (T. I, § 122 i. f.).

(10) L. 7, § 2, *Unde quæritur*. eum debere, L. 9, § 5, D. de damno inf. 50, 2; L. 5, § 4, D. ad exhib. 10, 4; L. 8, D. de inc. 47, 9 (T. II, § 281, 1°).

(11) L. 15, § 8, L. 25 initio, D. de A. E. et F. 19, 1 (T. I, § 216, III). — SCHENCK, *Die Lehre von dem Retentionsrecht nach gemeinem Rechte*, léna, 1857. — LUDEN, *Das Retentionsrecht*, Leipzig, 1859. — LENZ, *Weiske's Rechtslexikon* IX, p. 577-490 (1853). — GROSSKOPF, *Zur Lehre vom Retentionsrecht*, Oldenbourg, 1858.

(12) T. I, § 4, II, 3°. — (13) Pr., l. h. t.; L. 31, D. h. t.

s'il s'agit d'un droit de créance, la lésion est censée commencer le jour de l'exigibilité de la dette⁽¹⁴⁾. Lorsque ces deux conditions concourent, l'action est née, ou de nature à pouvoir être intentée⁽¹⁵⁾.

CHAPITRE I. — DIVISIONS DES ACTIONS.

On divise les actions à quatre points de vue, quant à leur origine, quant à leur objet, quant aux pouvoirs du juge, et quant à la procédure (§ 373-378).

§ 373. *Divisions des actions quant à leur origine.*

I. *Actions civiles et actions honoraires*⁽¹⁾.

1° L'action civile est celle qui résulte du droit civil, spécialement d'une loi, d'un sénatus-consulte, d'une constitution impériale, de l'usage, de la jurisprudence des tribunaux ou de la doctrine des juristes⁽²⁾. L'action honoraire se fonde sur le droit honoraire, c'est-à-dire sur les édits des magistrats chargés de l'administration de la justice⁽²⁾. Or, dans la ville de Rome, ces magistrats étant les préteurs et les édiles curules, les actions honoraires se subdivisent en prétoriennes et édilitiennes; les actions édilitiennes sont peu importantes en comparaison des actions prétoriennes⁽³⁾.

2° La division des actions en civiles et honoraires présente de l'intérêt dans la théorie de la prescription extinctive⁽⁴⁾.

II. *Actions directes et actions utiles.* A) L'action directe est celle donnée dans un cas en vue duquel elle a été immédiatement établie. L'action utile (de *uti?* comme) est celle qui n'est ouverte dans le cas donné, que par analogie d'une action directe; c'est donc une

(14) Cf. L. 15, § 1, et L. 1, § 22, D. *depos.* 16, 3.

(15) Cf. L. 1, § 1, C. *de ann. excep't.* 7, 40, v^o *ex quo ab initio competit (actio), et semel nata est.*

(1) L. 23, § 2, D. *h. t.* — (2) § 5 *initio*, l. *h. t.*

(3) T. 1, § 218, III, A, 2^e, B et C. — (4) T. II, § 579, I et II, B, 1^e.

action analogique⁽⁵⁾; quand l'action directe qui lui sert de type, porte le nom de son créateur, l'action utile prend d'habitude le même nom précédé de la particule *quasi*⁽⁶⁾. Chacune de ces deux classes d'actions comprend des actions civiles et des actions honoraires. Les actions utiles sont de deux espèces :

1° Tantôt elles se fondent sur une analogie véritable ou matérielle avec une action directe; ce sont les actions utiles proprement dites⁽⁷⁾.

2° Tantôt l'analogie n'est que fictive; de là les actions utiles fictives⁽⁸⁾. A cette classe appartiennent les actions rétablies par la voie de la restitution en entier (*actiones rescissoriæ vel restitutoriæ*)⁽⁹⁾.

B) Dans le droit de Justinien la division des actions en directes et utiles manque d'importance⁽¹⁰⁾; elle en présentait une à l'époque classique au point de vue de la rédaction de la formule⁽¹¹⁾.

III. *Des actions in factum*. 1° Les actions *in factum* embrassent l'ensemble des actions honoraires directes. Elles formaient dans le droit prétorien un moyen subsidiaire aux actions utiles : le prêteur n'y recourait que quand l'action utile était impossible, faute d'une analogie civile; il créait alors une action propre fondée sur l'équité⁽¹²⁾. L'action *præscriptis verbis* naissant des contrats innommés a un caractère tout différent malgré sa qualification d'action *in factum*; c'est une action civile⁽¹³⁾.

2° La nature spéciale des actions *in factum* influait jadis sur leur formule⁽¹⁴⁾.

(5) GAJUS, III, 219; § 16 initio, I. *de lege Aquil.* 4, 3. — (6) § 7 initio, I. *h. t.*

(7) Voyez les textes de la note 5. — (8) GAJUS, IV, 54-57; § 4, I. *h. t.*

(9) GAJUS, IV, 58; § 5-6, I. *h. t.*; L. 8, § 9, L. 15, § 2, D. *ad actum Vell.* 16, 1.

(10) L. 47, § 1, D. *de neg. gest.* 3, 3. — (11) T. II, § 395, I, 2°.

(12) § 16 i. f., I. *de lege Aquil.* 4, 3.

(13) L. 7, § 2 i. f., D. *de pact.* 2, 14; L. 16, pr. in medio, D. *de præscr. verb.* 19, 3. — T. I, § 224, II, B, 1°. — (14) T. II, § 395, I, 2°.

§ 376. *Divisions des actions quant à leur objet.*

I. *Actions réelles et actions personnelles*⁽¹⁾. A) L'action réelle (*actio in rem*⁽¹⁾, *vindicatio*⁽²⁾, parfois *petitio*⁽³⁾) résulte d'un droit réel⁽⁴⁾, l'action personnelle (*actio in personam*⁽⁵⁾, encore *condictio*⁽⁶⁾) d'un droit de créance⁽⁷⁾. Il n'existe point d'actions mixtes, en même temps réelles et personnelles : la pétition d'hérédité est purement réelle⁽⁸⁾, et les actions en partage sont purement personnelles⁽⁹⁾.

B) Cette division des actions est capitale : 1° Par suite de la diversité du droit qui leur sert de base, les actions réelles se donnent contre tous les membres du corps social, les actions personnelles seulement contre le débiteur et ses héritiers⁽¹⁰⁾. A la vérité, l'action Publienne⁽¹¹⁾ et la pétition d'hérédité⁽¹²⁾, bien qu'appartenant à la classe des actions réelles, ne s'accordent pas contre des détenteurs quelconques, et en sens inverse les actions personnelles dites *in rem scriptæ* sont ouvertes contre tout détenteur⁽¹³⁾. Mais ces dérogations à la règle générale tiennent à la nature particulière du droit réel ou de créance poursuivi par les actions indiquées : la possession de bonne foi que protège la Publienne, n'a d'existence que vis-à-vis des détenteurs à titre inférieur ; le droit à une hérédité que l'on fait valoir par la pétition d'hérédité, ne peut être poursuivi que contre ceux qui le contestent ; d'autre part, dans les actions *in rem scriptæ* il s'agit d'obligations fondées sur la détention d'une chose.

2° Le demandeur qui a succombé à une action réelle, et qui voudrait l'exercer une seconde fois contre la même personne, en

(1) § 1 initio, I. h. t. ; L. 23, pr. initio, D. h. t. ; Cf. GAUS, IV, 1.

(2) GAUS, IV, 3 initio ; § 13 initio, I. h. t.

(3) L. 28 in medio, D. h. t. ; L. 178, § 2 in medio, D. de V. S. 50, 16 ; Cf. PAUL, IV, 1, § 18.

(4) GAUS, IV, 3 ; § 1 i. f., I. h. t. ; L. 23, pr. in medio, D. h. t. — § 15, I. h. t.

(5) Voyez les textes de la note 1.

(6) GAUS, IV, 3 i. f. ; § 13 initio, I. h. t. ; L. 23, pr. initio, D. h. t. — Cf. T. II, § 377, I.

(7) GAUS, IV, 2 ; § 1 in medio, I. h. t. ; L. 23, pr. i. f., D. h. t. — (8) T. II, § 344, I, C, 1°.

(9) T. II, § 271, II, A, 2°. — (10) T. I, § 4, I, 1° i. f. et 2° i. f. — (11) T. I, § 124, I, B.

(12) T. II, § 344, I, B. — (13) T. I, § 213, IV, 1° ; T. II, § 274, II, D, 5°, et § 283, 2°.

invoquant une nouvelle cause d'acquisition du droit réel, serait repoussé par l'exception de chose jugée; en effet, l'action réelle est générale par sa nature, en ce sens qu'elle embrasse toutes les causes d'acquisition du droit réel, et par conséquent le jugement rendu à cette action contre le demandeur lui dénie d'une manière absolue le droit réel; sa seconde poursuite va à l'encontre de la sentence, elle renouvelle un débat définitivement terminé⁽¹⁴⁾. La règle cesse seulement avec son motif, lorsque la première demande reposait sur une cause d'acquisition déterminée⁽¹⁵⁾, ou que dans la seconde poursuite le demandeur invoque une cause d'acquisition postérieure à la *litis contestatio* du premier procès⁽¹⁶⁾. — Au contraire, après avoir une première fois réclamé sans succès une chose par une action personnelle, rien ne s'oppose à ce qu'on la demande par une nouvelle action personnelle; le premier débat n'a porté que sur une réclamation déterminée, à cause de la spécialité de toutes les actions personnelles⁽¹⁷⁾.

5° La prescription de l'action réelle laisse subsister le droit réel servant de base à l'action; en effet, cette prescription ne saurait profiter qu'à celui qui l'a accomplie et à ses successeurs universels ou particuliers; les autres personnes n'ont aucun titre pour s'en prévaloir; or, par suite de cette persistance relative de l'action, la nécessité du maintien du droit réel est évidente⁽¹⁸⁾. Quant à la prescription de l'action personnelle, elle entraîne nécessairement l'extinction de tout le lien civil de l'obligation, car ce lien n'existe qu'entre les parties et leurs héritiers; en perdant son action contre le débiteur et ses héritiers, le créancier perd son droit de créance lui-même, du moins pour l'élément civil⁽¹⁹⁾.

II. Actions répersécutoires, actions pénales et actions mixtes⁽²⁰⁾.

1° L'action répersécutoire (*actio rei persequendæ causa comparata*)

(14) L. 11, pr., § 1 et 3, L. 14, § 2, L. 30, pr., D. de except. rei judic. 44, 2.

(15) L. 11, § 2, D. eod. — (16) L. 25, D. de jud. 3, 1; L. 11, § 4-5, L. 14, § 1, L. 21, § 2, L. 25, pr., D. de except. rei judic. 44, 2. — (17) L. 14, § 2, D. eod.

(18) L. 8, § 1, C. de præscr. 50 v. 40 ann. 7, 39. — (19) Cf. T. II, § 379, III.

(20) GAIUS, IV, 6; § 16, I. h. t.

est celle qui tend exclusivement à la réparation du droit violé⁽²¹⁾. L'action pénale (*actio pœnæ persequendæ causa comparata, actio pœnalis*) a pour objet la réclamation d'une peine⁽²²⁾. L'action mixte (*actio mixta*) est celle qui étant à la fois répersécutoire et pénale, poursuit la réparation du droit violé et une peine⁽²³⁾.

2° Cette division des actions a de l'importance au point de vue de leur transmission passive⁽²⁴⁾.

III. *Actions pétitoires et actions possessoires*. On appelle pétitoires les actions réelles, lorsqu'on veut les opposer aux actions ou interdicts possessoires résultant de la possession. Le caractère de ces deux classes d'actions est suffisamment connu ; nous n'avons plus à parler que du rapport entre le pétitoire et le possessoire.

A) Par la nature des choses, le possessoire doit, en cas de concours avec le pétitoire, avoir la priorité, car c'est la possession qui détermine le rôle des parties au pétitoire : celui qui succombe au possessoire, doit accepter le rôle de demandeur et la charge de la preuve qui y est inhérente⁽²⁵⁾. En conséquence :

1° Le demandeur au possessoire ne peut agir au pétitoire qu'après le jugement de la question de possession ; le cumul du possessoire et du pétitoire est défendu. Telle paraît au moins avoir été la théorie romaine ; des renseignements précis nous font défaut⁽²⁶⁾.

2° Le défendeur au possessoire est frappé de la même interdiction⁽²⁷⁾.

B) Le demandeur au pétitoire est encore recevable à agir au pos-

(21) GAIUS, IV, 7 ; § 17 initio, I. h. t. ; L. 33, pr., D. h. t., v^h *Illæ autem ad exemplum vindicationis datur.*

(22) GAIUS, IV, 8 ; § 18, I. h. t. — (23) GAIUS, IV, 9 ; § 17 i. f., 19 et 23-26, I. h. t.

(24) T. II, § 274, II, B. — Voyez aussi L. 33, pr., D. h. t., v^h *In honorariis actionibus veteræ intra annum.*

(25) L. 37, D. de jud. 3, 1 ; L. 33, D. de A. v. A. P. 41, 2 ; L. 13, C. de R. V. 3, 32 ; L. 3, C. de interd. 8, 1 ; L. 1, C. de appell. 7, 62 ; L. 14, C. de agric. 11, 47.

(26) Arg. L. 13, C. de R. V. 3, 32 ; L. 3, C. de interd. 8, 1 ; Cf. L. 10 i. f., C. de jud. 3, 1. — BETHMANN-HOLLWEG, *Gerichtsverf. u. Prozess des röm. R.* § 37 i. f.

(27) L. 13, C. de R. V. 3, 32 ; L. 3, C. de interd. 8, 1.

sessoire, en vertu de dispositions formelles de nos sources⁽²⁸⁾ ; en effet, s'il est vrai qu'en revendiquant il a semblé reconnaître la possession de son adversaire et renoncer à la sienne propre, on ne doit pas perdre de vue que la reconnaissance d'un fait inexistant est un néant juridique, et que la renonciation est viciée par l'erreur ; en aucun cas, la reconnaissance de la possession actuelle de l'adversaire ne saurait exclure une demande en restitution de la possession.

C) Le possessoire et le pétitoire sont connexes, et à ce titre doivent être portés devant le même juge⁽²⁹⁾.

IV. *Actions principales et actions préjudicielles.* On entend par actions préjudicielles (*præjudicia*⁽³⁰⁾, *præjudiciales actiones*⁽³¹⁾, et sous la procédure formulaire encore *præjudiciales formulæ*⁽³²⁾) les questions qui surgissent incidemment à un procès principal, et qui ont besoin d'être jugées au préalable parce que leur solution est destinée à influencer sur le procès principal. A cette catégorie appartiennent avant tout les questions d'état⁽³³⁾ ; mais ce ne sont pas les seules actions préjudicielles⁽³⁴⁾. Les actions préjudicielles doivent être jugées par le juge de la cause principale, bien que par elles-mêmes elles soient de la compétence d'un autre, car elles ne sont qu'un accessoire du procès pendant⁽³⁵⁾.

§ 377. *Divisions des actions quant aux pouvoirs du juge.*

I. *Actions de bonne foi et actions de droit strict*⁽¹⁾. Les actions de bonne foi (*bonæ fidei actiones*⁽¹⁾), *arbitria* à cause des *arbitri* appelés

(28) L. 12, § 1, D. de A. v. A. P. 41, 2 ; L. 18, § 1, D. de vi 43, 16. — Contra art. 26, Code de proc. fr.

(29) L. 10 i. f., C. de jud. 3, 1 ; L. 15, C. de R. V. 3, 32. — Cf. infra § 391, II, C, 5^a.

(30) L. 3, § 2, 4 et 5, L. 5, § 18, D. de agnosc. et al. lib. 23, 3.

(31) § 13, I. de act. 4, 6. — (32) GAIUS, IV, 44 in medio.

(33) GAIUS, IV, 44 in medio ; § 15, I. de act. 4, 6 ; L. 1, § 2, D. de R. V. 6, 1 ; L. 18, pr., D. de probat. 22, 3 ; L. 5, § 2, 4 et 5, L. 5, § 18, D. de agnosc. et al. lib. 23, 3.

(34) GAIUS, IV, 44 in medio ; III, 125 ; PAUL, V, 9, § 1 ; L. 50, D. de R. A. J. P. 42, 5.

(35) L. 3, C. de jud. 3, 1 ; L. 1, C. de ord. judic. 3, 8. — Infra § 391, II, C, 2^a.

(1) § 28 initio, I. h. t.

jadis à en connaître⁽²⁾) sont celles qui naissent d'obligations de bonne foi⁽³⁾; les actions de droit strict (*stricti juris actiones*⁽⁴⁾, *stricti juris judicia*, *stricta judicia*⁽⁵⁾ ou *judicia* tout simplement⁽⁶⁾ parce qu'on y nommait un *judex*) dérivent au contraire d'obligations de droit strict⁽⁷⁾. Cette division des actions correspond à la division des obligations en obligations de bonne foi et obligations de droit strict, à laquelle nous nous référons⁽⁸⁾; dès lors elle ne comprend que les actions personnelles⁽⁹⁾. Parmi les actions de droit strict il faut relever les *condictiones*, terme par lequel on désigne, en le prenant dans une acception étroite⁽¹⁰⁾, les actions personnelles de droit strict qui ont pour objet une dation (*dare oportere*)⁽¹¹⁾; les *condictiones* se divisent elles-mêmes d'après leur objet en *condictiones certi*⁽¹²⁾ et *condictiones incerti*⁽¹³⁾; enfin, la *condictio certi* prend le nom d'*actio si certum petetur* quand elle porte sur une somme d'argent⁽¹⁴⁾, et le nom de *condictio triticiaria* dans les autres cas⁽¹⁵⁾.

II. *Des actions arbitraires.* 1° Dans cette catégorie importante d'actions rentrent toutes celles qui tendent à une restitution ou à une exhibition, y compris les interdits restitutoires ou exhibitoires⁽¹⁶⁾.

2° La théorie des actions arbitraires eut l'origine suivante. Dans la procédure par formules, la condamnation du défendeur était essentiellement pécuniaire, quel que fût l'objet de la poursuite⁽¹⁷⁾;

(2) Cic., *pro Roscio com.* 4; L. 17 i. f., C. *fam. ervisc.* 3, 36.

(3) GAIUS, IV, 62; § 28, I. h. t., v^{is} *Bona fidei* *competit*. — (4) § 28 initio, I. h. t.

(5) § 30 in medio, I. h. t. — (6) Cic., *pro Roscio com.* 4.

(7) Cic., *eod.* 4 et 3. — (8) T. I, § 172, II.

(9) Voyez cependant § 28, I. h. t., v^{is} et *hereditatis petitio*, et L. 12, § 3, C. *de petit. hered.* 3, 51. — (10) Cf. T. II, § 376, I, A.

(11) GAIUS, IV, 18 i. f.; § 13 i. f., I. h. t.; THÉOPHILE, § 3 in medio, I. *de except.* 4, 13.

(12) L. 6 initio, L. 9, pr. initio, D. *de R. C.* 12, 1; L. 74, D. *de V. O.* 43, 1.

(13) L. 75, pr., § 1-4, D. *eod.*

(14) L. 1, pr. initio, D. *de condict. tritici.* 13, 5; D. *de R. C.*, *si certum petetur*, et *de condicione* 12, 1; C. *si certum petatur* 4, 2.

(15) D. *de condicione triticiaria* 13, 5, et surtout la loi 1, pr.

(16) § 31, I. h. t.; GAIUS, IV, 163 initio. — Il faut y ajouter l'action *de eo quod certo loco* dont il sera question plus loin et qui est arbitraire sans être ni restitutoire ni exhibitoire (§ 31 in medio, I. h. t.; T. II, § 391, I, B, 2°, a). — (17) T. II, § 394 i. f.

cette règle présentait surtout de l'inconvénient dans les actions ayant pour objet une restitution ou une exhibition, à laquelle le demandeur pouvait avoir un intérêt majeur; le prêteur lui ménagea un moyen de l'obtenir, en ordonnant au juge de ne condamner le défendeur à une somme d'argent que s'il se refusait à la restitution ou à l'exhibition. En conséquence le juge, avant de prononcer la condamnation pécuniaire, invitait le défendeur à restituer ou à exhiber spontanément, c'était l'*arbitrium de restituendo vel de exhibendo* (18); le défendeur était libre de s'y conformer ou non; s'il n'y satisfaisait point par suite d'un dol ou d'une faute lourde, le demandeur était admis à fixer par serment le montant des dommages et intérêts (19); s'il n'y avait que simple faute, le juge condamnait sans le serment du demandeur (20); enfin, quand l'*arbitrium* recevait son exécution, la condamnation manquant d'objet, le défendeur était absous (21). Dans le dernier état du droit romain, les actions arbitraires avaient perdu leur raison d'être, puisque la condamnation s'y réfère toujours à la chose réclamée (22); c'est pourquoi on assimila l'ancien *arbitrium de restituendo vel de exhibendo* à une condamnation proprement dite, en lui assurant force exécutoire (23); peut-être que cette transformation de l'action arbitraire était déjà accomplie à la fin de l'époque classique (24).

(18) Dans l'action de *eo quod certo loco*, l'*arbitrium* consistait dans l'invitation de payer au lieu convenu.

(19) L. 3, pr., L. 2, § 1 i. f., L. 1, D. de *in litem jur.* 12, 3; L. 18, pr., D. de *dolo malo* 4, 3, v^{us} *Ideo autem*.....

(20) L. 2, § 1 initio, L. 4, § 4, D. de *in litem jur.* 12, 3; L. 18, pr. initio, D. de *dolo malo* 4, 3; § 5 i. f., l. de *offic. jud.* 4, 17; § 31 initio et i. f., l. h. t.; GAIUS, IV, 163 initio.

(21) GAIUS, IV, 163 initio; L. 14, § 1 initio, D. quod *metus causa* 4, 2.

(22) T. II, § 408, IV.

(23) L. 68, D. de R. V. 6, 1, v^{us} *Qui restituere jussus*..... *condemnatio fit*, et v^{us} *Hæc sententia generalis*....., cf. v^{us} *Si vero non potest restituere*..... *condemnandus est*. — HASSE, *Rhein. Museum* VI, p. 27-33 (1855). — BONJEAN, l. c. T. II, § 408, cbn. avec T. I, § 178 i. f. et T. II, § 278, VI. — PUCHTA, *Institut.* II, § 179 i. f. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 113, p. 698-699, III, § 138, p. 312-313, et *Gerichtsverfuss. u. Prozess des sink.* R. R. § 30, p. 329-331.

(24) Arg. de la loi précitée, d'Ulpien. — BETHMANN-HOLLWEG, l. c. p. 331-333. — PUCHTA, l. c.

§ 378. *Divisions des actions quant à la procédure.*

I. ACTIONS PROPREMENT DITES ET INTERDITS (I. *de interdictis* 4, 15; D. *de interdictis sive extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt* 43, 1; C. *de interdictis* 8, 1). En parlant des interdits possessoires, nous avons fait connaître le caractère distinctif de l'ancienne procédure par interdit, et constaté en même temps que sous le bas-empire les interdits se sont entièrement rattachés aux actions ordinaires (1). Il ne nous reste à signaler que quelques divisions des interdits :

1° Les interdits appartiennent, les uns au droit public proprement dit (2) ou au droit sacré (3), les autres au droit privé (4); à la tête de ces derniers se trouvent les interdits possessoires (5) ou quasi-possessoires (6).

2° Ils sont impératifs ou prohibitives, selon qu'ils ordonnent ou défendent quelque chose (7); les interdits impératifs sont plutôt des décrets; cette classification des interdits avait une certaine importance au point de vue de la procédure (8). De leur côté les interdits impératifs commandent tantôt une restitution, tantôt une exhibition. De là la division romaine des interdits en restitutoires, exhibitoires et prohibitives (9).

II. PROCÈS CIVILS ET PROCÈS HONORAIRES (10).

A) Le procès était civil (*judicium legitimum*) s'il avait lieu à la fois :

1° à Rome ou dans le rayon d'un mille,

2° entre citoyens romains,

3° devant un juge romain,

et 4° siégeant seul (11).

(1) T. I, § 89, I, A. — (2) L. 1, pr. i. f., L. 2, § 1 in medio, D. h. t.; D. 43, tit. 7-13.

(3) L. 1, pr. in medio, L. 2, § 1 initio, D. h. t.; D. 43, tit. 6.

(4) L. 1, pr. in medio et i. f., L. 2, § 1 i. f., D. h. t.; D. 43, tit. 2-3, 16-24 et 26-33; C. 8, tit. 2-4 et 6-9. — (5) T. I, § 89. — (6) T. I, § 90.

(7) GAJUS, IV, 139 i. f. et 140 initio. — (8) GAJUS, IV, 141 i. f.

(9) GAJUS, IV, 140 i. f. et 142; § 7 in medio, I. h. t.; L. 1, § 1 initio, D. h. t.

(10) GAJUS, IV, 103. — (11) GAJUS, IV, 104 initio, cf. 109.

A défaut de l'un de ces caractères, le procès devenait honoraire (*judicium quod imperio continetur*) (12).

B) Au temps des juristes classiques, la division des procès en civils et honoraires servait de base à la péremption d'instance (13); elle n'existe plus dans la législation de Justinien.

III. ACTIONS SIMPLES ET ACTIONS DOUBLES OU MIXTES. Sont doubles ou mixtes les actions en partage (14) et les interdits conservatoires de la possession *Uti possidetis* et *Utrubi* (15). La duplicité de ces actions a été expliquée dans leur théorie respective.

IV. RESTITUTION EN ENTIER (D. *de in integrum restitutionibus* 4, 1) (16).

A) *Notion et conditions de la restitution en entier.* Dans le sens large, la restitution en entier (*restitutio in integrum*) est la voie judiciaire fondée sur l'équité, par laquelle, lorsqu'on a subi un dommage d'après la rigueur du droit, on poursuit le rétablissement de l'état de choses antérieur (17); une infinité d'actions rentrent dans cette définition. Dans une acception plus restreinte, il n'y a restitution en entier (*in integrum restitutio*) que lorsque la voie de droit préqualifiée est d'origine prétorienne, et que le magistrat y intervient d'une manière immédiate (18); ainsi, ce qui caractérise la véritable restitution en entier, c'est son origine prétorienne et surtout l'intervention directe du magistrat; elle formait une émanation de son *imperium*; un magistrat inférieur, encore moins un juge privé, ne pouvait la prononcer : *erat magis imperii quam jurisdictionis* (19). Mais sous le bas-empire, elle devint de la compétence d'un magistrat ou

(12) GAIUS, IV, 105 initio.

(13) GAIUS, IV, 104 i. f. et 105 i. f. (T. II, § 382). — Voyez encore GAIUS, IV, 106-107.

(14) T. II, § 271, II, A, 1^o. — (15) T. I, § 89, II, B.

(16) BURCHARDI, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Göttingen, 1851. — DE SAVIGNY, *System* VII, § 513-545, et *Beilagen* XVIII et XIX (1848). — STEINBERGER, *Weiske's Rechtslexikon* IX, p. 289-355 (1853). — STAEDTLER, *De la restitution en droit prétorien*, Bruxelles, 1861.

(17) Cf. PAUL, I, 7, § 1; L. 7, pr. initio et § 1 i. f., D. *h. t.*

(18) ARG. L. 1, § 10 in medio, D. *de postul.* 5, 1. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 173, Anm. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 158 initio et note 7.

(19) ARG. L. 26, pr. cbn. avec § 1 initio, D. *ad municip.* 50, 1.

juge quelconque à l'exception des magistrats municipaux⁽²⁰⁾; dès lors elle s'identifiait avec les actions prétoriennes ordinaires. La restitution en entier requiert trois conditions principales :

1^o Le demandeur doit avoir subi un dommage de quelque importance, sinon il n'y a pas de motif suffisant pour le protéger contre la rigueur du droit; tel est le sens réel de l'adage célèbre *de minimis non curat prætor*⁽²¹⁾.

2^o Il doit y avoir une juste cause de restitution en entier. Ceci suppose d'abord que le préjudice subi par le demandeur ne provienne pas d'un accident, que toute personne doit supporter⁽²²⁾; le dommage ne peut pas non plus être imputable au dol⁽²³⁾ ou à la faute du demandeur⁽²⁴⁾, car *qui sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur*; mais la condition de la non-imputabilité ne reçoit pas d'application aux mineurs, attendu que la loi a voulu précisément les protéger contre leur légèreté⁽²⁵⁾. Il doit y avoir ensuite une cause de restitution légalement reconnue; d'après l'édit ces causes étaient au nombre de six; sous Justinien elles sont réduites à cinq. La plus importante est la minorité de la personne lésée; quant aux majeurs, ils peuvent se faire restituer en entier, contre des actes positifs, pour erreur, dol ou violence, anciennement encore pour diminution de tête, et contre toutes omissions excusables⁽²⁶⁾.

a) *De la minorité* (D. *de minoribus vigintiquinque annis* 4, 4; C. *de in integrum restitutione minorum* 2, 22). La restitution en entier des mineurs eut son germe dans la loi Plætoria; cette loi, qui est dans tous les cas antérieure à l'année 570 de Rome⁽²⁷⁾, accordait aux mineurs une *exceptio legis Plætoriæ* pour se soustraire à l'exécu-

(20) L. 3, C. *ubi et apud quem cogn. in integ. restit. agitando sit* 2, 47, et surtout la fin de cette loi, cbn. avec L. 26, § 1 initio, D. *ad municip.* 30, 1.

(21) L. 4, D. *h. t.*; L. 9, pr. i. f., L. 49 in medio, D. *de minor.* 4, 4; L. 54, D. *de contr. emt.* 18, 1. — (22) L. 11, § 4-5, D. *de minor.* 4, 4.

(23) PAUL, I, 9, § 1; L. 9, § 2, 5 et 3, D. *de minor.* 4, 4; L. 26, § 4 initio et 6, D. *ex quib. caus. maj.* 4, 6; L. 1, C. *si adv. del.* 2, 55; L. 2-3, C. *si min. se maj. dix.* 2, 45.

(24) L. 7, pr. i. f., D. *h. t.*; L. 21, pr., D. *quod metus causa* 4, 2; L. 15, § 5, L. 16, D. *ex quib. caus. maj.* 4, 6. — (25) L. 2, C. *si adv. del.* 2, 55; cf. les textes de la note 25.

(26) PAUL, I, 7, § 2; L. 1-2, cf. L. 3, D. *h. t.* — (27) T. I, § 30, I, 3^o, et II, A.

tion des contrats surpris par dol⁽²⁸⁾, en menaçant de plus les auteurs de la fraude de poursuites criminelles⁽²⁹⁾. Le prêteur vint au secours des mineurs en leur seule qualité, indépendamment du dol du cocontractant⁽³⁰⁾. La minorité forme une cause absolue de restitution en entier⁽³¹⁾, peu importe que l'acte dommageable ait été posé soit par le père de famille du mineur⁽³²⁾, soit par son tuteur ou curateur ou avec son intervention⁽³³⁾, et même avec l'homologation du magistrat⁽³⁴⁾. Mais il est évident que cette règle ne s'applique qu'aux mineurs proprement dits, et non aux mineurs majorisés, généralement assimilés aux majeurs⁽³⁵⁾, à moins qu'il ne s'agisse d'aliénations immobilières par rapport auxquelles ils sont encore considérés comme mineurs⁽³⁶⁾. On comprend aussi que le mineur arrivé à la majorité puisse confirmer l'acte dommageable et renoncer par là au bénéfice de la restitution⁽³⁷⁾.

Aux mineurs sont assimilées les communes⁽³⁸⁾.

b) *De la violence* (D. *quod metus causa gestum erit* 4, 2; C. *de his, quæ vi metusve causa gesta sunt* 2, 20). La violence morale est une cause tout aussi générale de restitution en entier que la minorité⁽³⁹⁾. La restitution concourt électivement avec les autres moyens de droit résultant de la violence⁽⁴⁰⁾; mais elle est plus avantageuse parce qu'elle confère un droit de propriété sur la chose extorquée par violence, à la place d'un simple droit de créance⁽⁴¹⁾.

c) *Du dol* (D. 4, 5, et C. 2, 21, *de dolo malo*). Par contre, le dol ne donne lieu à la restitution en entier que dans certains cas déterminés, entre autres au profit des créanciers d'une personne

(28) SÉVÈRE, in *IV præd.*; PRISCIE, VIII, 4; PLAUTE, *Rudens* V, 3 et 24 sq., et *Pseudolus* I, 3, v° 69. — (29) CIC., *de offic.* III, 13; *de nat. deor.* III, 50.

(30) L. 1, § 1, D. h. t.

(31) L. 44, D. h. t. — (32) L. 8, § 6 initio, C. *de bon., quæ lib.* 6, 61.

(33) L. 47, D. h. t.; L. 3, L. 5, C. *si tut. v. cur. interv.* 2, 23; L. 2, C. *si adv. vendit.* 2, 28. — (34) L. 11 i. f., C. *de præd. min.* 3, 71.

(35) L. 1, C. *de his, qui ven. æt. impetr.* 2, 43. — T. I, § 64, 5°. — (36) L. 3, C. *eod.*

(37) PAUL, I, 9, § 3; L. 3, § 1, D. h. t.; L. 1-2, C. *si maj. fact. rat. hab.* 2, 46; Cf. L. 1, C. *si adv. vendit.* 2, 28. — (38) T. I, § 41, 1°.

(39) L. 9, § 3-4, L. 21, § 3-6, D. h. t.; L. 3, C. h. t. — (40) T. I, § 213, IV.

(41) *Infra* IV, B, 1° du présent paragraphe.

dans le but de faire rescinder les actes frauduleux de leur débiteur ; la restitution en entier leur est plus avantageuse que l'action Paulienne comme pouvant opérer *in rem*⁽⁴²⁾. Quelques auteurs ont voulu donner à la restitution en entier pour cause de dol un caractère général, mais leur opinion est erronée⁽⁴³⁾.

d) *De l'erreur*. Comme le dol, l'erreur n'est une cause de restitution en entier que dans quelques cas particuliers, par exemple quand on a traité par erreur avec un non-tuteur⁽⁴⁴⁾ ou bien quand étant créancier d'une succession, on a demandé par erreur la séparation des patrimoines⁽⁴⁵⁾.

e) *De la diminution de tête* (D. *de capite minutis* 4, 5). A l'époque classique, la petite diminution de tête du débiteur formant une cause d'extinction de ses dettes, était aussi pour ses créanciers une cause légitime de restitution en entier⁽⁴⁶⁾. Mais dans la législation de Justinien, les dettes du débiteur diminué de tête subsistent de plein droit, et partant l'ancienne restitution est devenue sans objet⁽⁴⁷⁾; c'est à tort qu'on l'a contesté⁽⁴⁸⁾.

f) *Des omissions* (D. *ex quibus causis majores vigintiquinque annis in integrum restituntur* 4, 6 ; C. *de restitutionibus militum et eorum, qui reipublice causa absunt* 2, 51). Cette sixième cause de

(42) § 6, I. *de act.* 4, 6 (T. I, § 222); ci-après B, 1^o. — Pour d'autres cas de restitution du chef de dol, dans des matières de procédure, voyez L. 33, D. *de re judic.* 42, 1, L. 18, D. *de interr. in jure* 11, 1, et L. 7, § 1, D. *de in integr. restit.* 4, 1.

(43) Voyez en sens contraire BUCHARDI, I. c. § 20 ; Cf. DE SAVIGNY, *System* VII, § 352, et MAYNZ, *Cours de D. R. I.*, § 160, 5^o. — En faveur de l'opinion commune voyez STAEDTLER, I. c. § 5, p. 67-70, VANGEROW, *Lehrb.* I, § 183, *Ann.*, n^o III, et NAMER, *Institutes* II, § 427, 5^o.

(44) L. 1, § 6, L. 2, cf. L. 3-5, D. *quod falso tut. auct. gest. esse dic.* 27, 6. — T. I, § 56, I. i. f.

(45) L. 1, § 17 i. f., L. 5, § 2, D. *de separat.* 42, 6 (T. II, § 342 i. f.). — La plupart des autres cas se rapportent à la procédure ; voyez § 53 initio, I. *de act.* 4, 6, L. 8, § 2, D. *qui satisd. cog.* 2, 8, L. 7, pr., D. *h. t.*, L. 11, § 8, 10 et 11, D. *de interrog. in jure* 11, 1, L. 15, pr., D. *de instit. act.* 14, 5, et L. 2, D. *de except. rei judic.* 44, 2.

(46) T. I, § 57, III, B, 1^o. — (47) T. I, § 57, III, B, 2^o.

(48) Voyez pour l'opinion commune BUCHARDI, I. c. § 17. — DE SAVIGNY, *System* VII, § 353. — STAEDTLER, I. c. § 8, p. 103-106. — MAYNZ, *Cours de D. R. I.*, § 160, 5^o. — Contra VANGEROW, *Lehrb.* I, § 54, *Ann.* 2, n^o 5, a, et § 187, *Ann.*, n^o 5. — Cf. NAMER, *Institutes* II, § 427, 5^o, et WINDSCHEID, *Lehrb.* I, § 116, note 2 i. f.

restitution est capitale; les Romains la considéraient comme la restitution par excellence des majeurs⁽⁴⁹⁾. Elle présente en effet le caractère de la plus large généralité : elle a lieu du chef d'une omission quelconque, pourvu que, conformément à une règle commune à toutes les restitutions, l'omission soit excusable⁽⁵⁰⁾. On ne distingue pas entre le dommage positif et le dommage négatif résultant de la privation d'un gain⁽⁵¹⁾. Peu importe aussi que l'omission soit due à une absence ou à un autre empêchement⁽⁵²⁾; on n'examine pas davantage si l'absence est motivée par un intérêt public⁽⁵³⁾ ou par un intérêt privé⁽⁵⁴⁾, si elle est nécessaire⁽⁵⁵⁾ ou volontaire⁽⁵⁶⁾. A la vérité, l'édit prétorien n'accordait expressément la restitution en entier que dans certains cas partielliers; mais il contenait encore une disposition générale (*clausula generalis*) où le prêteur se réservait de restituer en dehors des espèces mentionnées dans son édit, et l'on interpréta cette clause dans le sens que nous venons d'indiquer⁽⁵⁷⁾.

5° La restitution en entier n'est recevable qu'à défaut de tout autre moyen de droit pour obtenir la réparation du dommage dont on se plaint, car elle n'est qu'un moyen extraordinaire destiné à corriger la rigueur du droit⁽⁵⁸⁾. Cependant, la restitution en entier

(49) Arg. D. h. t. — (50) Voyez supra IV, A, 2° du présent paragraphe.

(51) L. 17, § 1, L. 27, L. 41, L. 43, D. h. t.; Cf. L. 18, D. h. t.

(52) L. 1, § 1 i. f., L. 26, § 9, L. 28, § 2, D. h. t. — L. 1, pr., D. h. t., *vis vel adverso casu laborabat* (T. I, § 51, I, A, 1° i. f.). — L. 54, § 1, L. 53, D. de S. P. R. 8, 3; L. 14, pr. i. f., D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6; L. 1, § 9, D. de itin. octuque priv. 43, 19 (T. I, § 153, VII, A, 1°). — L. 31, D. de jurejur. 12, 2. — § 3, I. h. t.; L. 1, pr. i. f. et § 1, *vis cum absens* neque defenderetur, L. 21, § 1-5, L. 22-23, L. 26, pr., § 1-3, D. h. t. — L. 1, § 1, *vis cumve magistratus* exempta esse dicetur, L. 26, § 4-7, D. h. t.

(53) L. 1, pr. in medio et § 1, *vis aut sine dolo malo reipublicæ causa abesset*, L. 4-8, L. 26, § 9 in medio, L. 52, L. 53, § 1, L. 54-59, L. 40, pr., L. 42-43, D. h. t.

(54) L. 26, § 9 i. f., L. 28, pr. et § 1, D. h. t.

(55) L. 1, § 1, *vis cum is mctu. . . abesset* potestate esset, L. 2, § 1, L. 3-14, L. 13, pr. et § 1, D. h. t. — (56) L. 28, pr., D. h. t.; Non obstat L. 26, § 9, D. h. t.

(57) BURCHARDI, l. c. § 12, III, 2°, p. 191-201. — SCHILLING, Lehrb. II, § 151. — DE SAVIGNY, System VII, § 323 i. f. — STAEDTLER, l. c. § 7, p. 83-87. — VANGEROW, Lehrb. I, § 188, Anm. 1, n° III. — NAMUR, Institutes II, § 427, 6°. — WINDSCHEID, Lehrb. I, § 119, notes 3 et 5. — MAYNZ, Cours de D. R. I, § 160, 6°.

(58) L. 16, pr., § 1-3, D. de minor. 4, 4; L. 4, C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est 2, 41.

pour cause de violence concourt avec l'action *quod metus causa*⁽⁵⁹⁾, et la restitution en entier pour cause de dol se donne même avant l'action de dol⁽⁶⁰⁾; le caractère pénal de l'action *quod metus causa*⁽⁶¹⁾ et l'infamie attachée à l'action de dol⁽⁶²⁾ expliquent ces dérogations.

B) *Demande de restitution en entier*. A l'époque classique la restitution en entier, comme moyen essentiellement extraordinaire, était jugée par le magistrat en personne, sans renvoi devant un juge⁽⁶³⁾; cette particularité de la restitution en entier a naturellement disparu avec la procédure formulaire.

1° Le demandeur en restitution est la personne lésée ou ses héritiers⁽⁶⁴⁾. Le défendeur est celui qui a directement profité de la lésion⁽⁶⁵⁾ ou ses héritiers⁽⁶⁶⁾; mais en thèse générale, la restitution en entier ne peut être poursuivie ni directement ni indirectement contre les tiers détenteurs de la chose dont on a été privé; comme les autres actions en rescision du droit romain, elle opère *in personam* et non *in rem*⁽⁶⁷⁾; sont seuls exceptés le cas où le recours personnel est insuffisant pour réparer d'une manière complète le dommage éprouvé⁽⁶⁸⁾, celui où le tiers détenteur est de mauvaise foi⁽⁶⁹⁾, et la restitution en entier fondée sur la violence par suite du caractère réel de l'action *quod metus causa* elle-même⁽⁷⁰⁾. Ces règles sont universellement admises de nos jours⁽⁷¹⁾. Le défendeur à l'action en restitution peut être de son côté dans les conditions requises pour se faire

(59) Voyez supra IV, A, 2°, b du présent paragraphe.

(60) Eod. c. — Voyez encore L. 23, D. de A. T. 26, 7, et L. 3, C. si tut. v. cur. interv. 2, 23. — (61) T. 1, § 213, IV, 1°. — (62) T. 1, § 212, III, 1°.

(63) L. 3, D. h. t.; L. 11, § 3, D. de minor. 4, 4.

(64) L. 6, D. h. t.; L. 18, § 3, L. 5, § 9, D. de minor. 4, 4.

(65) PAUL, I, 7, § 4; § 3, l. de act. 4, 6; L. 9, § 4, D. quod metus causa 4, 2.

(66) L. 7, C. de in integr. restit. min. 2, 22.

(67) Arg. L. 13, § 1 initio, D. de minor. 4, 4.

(68) § 6, l. de act. 4, 6; L. 9, pr., L. 13, § 1, L. 14, D. de minor. 4, 4.

(69) L. 13, § 1 i. f., D. eod. — (70) L. 5, C. de his, quæ vi 2, 20.

(71) BURCHARDI, l. c. § 22, III. — DE SAVIGNY, System VII, § 343. — STAEDTLER, l. c. § 9, A, 2°, p. 113-115. — WINDSCHEID, Lehrb. I, § 120 initio. — MAYNZ, Cours de D. R. I, § 138 i. f.

restituer en entier⁽⁷²⁾; mais alors, toutes choses étant égales, il n'est pas tenu au delà de son profit⁽⁷³⁾.

2° Par application d'un principe général sur les actions en rescision⁽⁷⁴⁾, la demande de restitution en entier est soumise à une courte prescription : sous Justinien⁽⁷⁵⁾, cette prescription est de quatre ans⁽⁷⁶⁾. Mais le délai ne commence à courir que du moment où la cause de la restitution est venue à cesser, car jusque-là le droit à la restitution naît et renaît sans cesse⁽⁷⁷⁾; plusieurs auteurs font cependant courir le délai de la restitution fondée sur la violence, le dol ou l'erreur dès le jour de la lésion⁽⁷⁸⁾.

5° A l'instar de toutes les actions rescisoires, la restitution en entier a pour but de rétablir l'état de choses antérieur⁽⁷⁹⁾; c'est pourquoi le demandeur aussi est obligé de restituer à son adversaire au moins ce dont il s'est enrichi⁽⁸⁰⁾. Déjà à l'époque classique le magistrat terminait régulièrement en personne et dans une seule instance l'ensemble du litige, en prononçant contre chaque plaideur les condamnations nécessaires⁽⁸¹⁾. Toutefois, dans le cas où l'on poursuivait le rétablissement d'un droit perdu, le magistrat se bornait

(72) L. 46, D. *ex quib. caus. maj.* 4, 6. — (75) L. 11, § 6, L. 34, pr., D. *de minor.* 4, 4.

(74) T. 1, § 214^{bis}, II, B.

(75) D'après l'édit le délai était d'une année utile (L. 19, L. 59, pr., D. *de minor.* 4, 4; L. 1, § 1 i. f., D. *ex quib. caus. maj.* 4, 6; Voyez cependant L. 2, § 5, D. *de cap. min.* 4, 5). — Cf. L. 2, pr. et § 1, C. Théod. *de integri restitut.* 2, 16.

(76) L. 7, C. J. *de tempor. in integr. restit.* 2, 53.

(77) Arg. L. 7, pr., C. cit., *vis ex quo annus utilis currebat*; Cf. L. 3, pr., C. *cod.*

(78) Voyez en notre sens SCHILLING, *Lehrb.* II, § 123 i. f. — DE SAVIGNY, *System* VII, § 359. — WINDSCHEID, *Lehrb.* I, § 120 et note 11. — MAYNZ, *Cours de D. R. I.*, § 139 in medio. — Cf. NAMUN, *Institutes* II, § 428, 1^o. — Contra BURCHARDI, l. c. § 27, p. 516-525. — PRICHTA, *Institut.* II, § 209 i. f., *Pand.* § 105 et note c, et *Vorles.* I, § 103. — SINTENIS, *Civilrecht* I, § 56 et *Ann.* 125. — STAEDTLER, l. c. § 11, p. 155-157. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 180, *Ann.*, n^o 2 in medio. — ARNTS, *Lehrb.* § 122.

(79) L. 21, § 3-6, D. *quod metus causa* 4, 2; L. 7, § 11-12, L. 27, § 2-5, L. 53, L. 48, § 2, L. 50, D. *de minor.* 4, 4; L. 23, § 2, L. 28, § 6, D. *ex quib. caus. maj.* 4, 6; L. un., § 1, C. *de reput.* 2, 48.

(80) L. 24, § 4, L. 27, § 1, L. 40, § 1, L. 47, § 1, D. *de minor.* 4, 4; L. 52, § 4, D. *de A. T.* 26, 7; L. 1, C. *si advo. transact.* 2, 52; L. un., pr. et § 2, C. *de reput.* 2, 48.

(81) L. 24, § 4, D. *de minor.* 4, 4; L. 59, pr., D. *de evict.* 21, 2; L. 32, § 4, D. *de A. T.* 26, 7.

souvent à prononcer par un décret le rétablissement du droit, et à rendre les actions⁽⁸²⁾ ou exceptions⁽⁸³⁾ perdues, sauf au demandeur à user de ces moyens dans la suite. Il est probable qu'il s'arrêterait au dernier parti lorsque le droit rétabli était de nature à donner lieu à des contestations, d'autant plus que le magistrat ne connaissait pas en général du fond des affaires; un semblable renvoi des parties était même forcé quand l'action rétablie n'était pas encore née⁽⁸⁴⁾. L'action que le prêteur restituait dans l'espèce, était une action utile fictive et particulièrement une *actio rescissoria vel restitutoria* appelée aussi *judicium rescissorium vel restitutorium*⁽⁸⁵⁾; les modernes lui opposent le décret restitutoire du magistrat sous le nom de *judicium rescindens*⁽⁸⁶⁾. Depuis Dioclétien, il ne peut plus être question d'une instance ultérieure que si l'action rétablie n'est pas encore née.

CHAPITRE II. — EXTINCTION DES ACTIONS.

Les actions s'éteignent : 1° Par la disparition de l'un de leurs deux éléments essentiels, par conséquent lorsque le droit qui leur sert de base, vient à se perdre, ou que la lésion de ce droit cesse⁽¹⁾.

2° Par une transaction sur le différend⁽²⁾.

3° Par le jugement qui le décide⁽³⁾.

4° Par la prescription⁽⁴⁾.

5° Par la mort d'une partie, mais seulement dans certains cas⁽⁵⁾.

6° Par le concours d'actions, dans le sens qui sera indiqué plus loin⁽⁶⁾.

(82) § 5-6, I. de act. 4, 6; L. 21, § 6, D. quod metus causa 4, 2; L. 7, § 10 i. f., L. 23, pr., D. de minor. 4, 4.

(83) L. 9, § 3, D. quod metus causa 4, 2; L. 9, § 4, D. de jurejur. 12, 2.

(84) Cf. MAYNZ, Cours de D. R. I, § 139 initio. — WINDSCHEID, Lehrb. I, § 120, note 9.

(85) GAIUS, IV, 58; L. 28, § 6, D. ex quib. caus. maj. 4, 6; L. 7, § 3, D. quod falso tut. 27, 6. — T. II, § 375, II, A, 2°.

(86) ZIMMERN, De judicio, quod vocant, rescindente ac rescissorio, Iéna, 1826.

(1) T. II, § 374, II. — (2) T. II, § 267. — (3) L. 1, D. de re judic. 42, 1. — Infra § 407.

(4) T. II, § 379. — (5) T. II, § 380. — (6) T. II, § 581.

§ 379. De la prescription.

I. de perpetuis et temporalibus actionibus 4, 12;

D. de diversis temporalibus prescriptionibus 44, 5;

C. de prescriptione XXX vel XL annorum 7, 39.

REINHARDT. *Die usucapio und præscriptio des römischen Rechts* § 109-132. Stuttgart, 1852.UNTERHOLZNER. *Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre*. Leipzig, 1838
(2^e édition par Schirmer; 1^{re} de 1828).HEIMBACH (senior) *Weiske's Rechtslexikon* XII, p. 652-675, et passim p. 288-546 (1858).

I. *Notion et historique*. La prescription (*præscriptio temporalis*⁽¹⁾, dans la terminologie moderne simplement *præscriptio*) est l'extinction d'une action qui n'a pas été exercée pendant un certain délai à partir de sa naissance. La prescription se fonde sur la négligence de l'ayant-droit, qui par son inaction injustifiable a mérité de perdre son action, et sur l'intérêt public qui exige que les procès aient une fin; ajoutez à cela que dans le cas d'une obligation, il existe une présomption de paiement en faveur du débiteur. L'ancien droit civil ne connaissait pourtant pas la prescription extinctive; toutes ses actions étaient perpétuelles⁽²⁾. Mais lorsque le magistrat créait des actions nouvelles, il les soumettait généralement à la prescription d'une année utile; de là des actions temporaires (ou annales)⁽³⁾. Le principe de la perpétuité des actions civiles ne tarda pas à être attaqué lui-même : le prêteur établit contre les actions réelles spéciales⁽⁴⁾ la *præscriptio longi temporis* de dix ans entre présents ou de vingt ans entre absents, ainsi qu'il a été expliqué dans la théorie de l'usucapion⁽⁵⁾; la pétition d'hérédité et les actions personnelles demeurèrent imprescriptibles. Ce ne fut que Théodose II qui assujettit une action quelconque, réelle ou personnelle, à la prescription de trente ans⁽⁶⁾.

(1) Rubrique D. h. t. — (2) GAIUS, IV, 110 initio; pr. initio, I. h. t.

(3) GAIUS, IV, 110 i. f., et pr. in medio, I. h. t., ebn. avec L. 1, L. 2, L. 4, D. h. t. — Voyez cependant GAIUS, IV, 114, pr. i. f., I. cit., et L. 53, pr. initio, D. de O. et A. 44, 7.

(4) ARG. L. un. initio, C. Théod. de action. certo temp. fin. 4, 14.

(5) PAUL, V, 2, § 5-5; L. 76, § 1, D. de contr. emt. 18, 1. — T. I, § 103, III.

(6) L. un., C. Théod. de action. certo temp. fin. 4, 14; L. 5, pr., § 1 initio et 3, C. h. t.; pr. initio, I. h. t.

Dès lors l'antithèse entre les actions perpétuelles et les actions temporaires avait perdu son objet : toute action était devenue temporaire ; cependant on conserva la division dont il s'agit, en appelant perpétuelles les actions qui ne se prescrivaient que par le long espace de trente ans (7).

II. *Conditions de la prescription.* La prescription exige deux conditions principales, qui se trouvent indiquées dans la définition donnée ci-dessus :

A) L'action doit être née, ou susceptible d'être intentée ; il serait déraisonnable de faire courir la prescription contre quelqu'un qui est dans l'impossibilité d'agir : *contra non valentem agere non currit prescriptio* (8). Mais la bonne foi de celui qui prescrit n'est pas nécessaire (9).

B) Il doit s'être écoulé depuis la naissance de l'action un certain laps de temps légalement déterminé. Cette seconde condition de la prescription donne lieu à plusieurs observations :

1° Le délai de la prescription est en général de trente ans (10). Se prescrivent par un délai moindre, indépendamment de quelques actions civiles (11), la presque totalité des actions honoraires (12) ; leur prescription normale est d'une année utile (13). D'un autre côté, il y a des actions qui durent quarante (14) ou cinquante (15) ans.

(7) Pr., I. h. t., *vis Aliquando tamen introductum, et vis perpetuo datur.*

(8) L. 1, § 1, C. de ann. except. 7, 40, *vis ex quo ab initio competit (actio), et semel nata est* ; L. 3, § 1, *vis ex quo competere jure ceperunt (actiones)*, L. 7, § 4, C. h. t. — T. II, § 374, II. — (9) L. 8, § 1, C. h. t., *vis nisi ipse injustus*

(10) L. 3, pr. et § 1 initio, C. h. t.

(11) L. 8, § 17, L. 19, D. de offic. testam. 3, 2 (T. II, § 535, III, B, 3^o, b). — L. 7, C. de tempor. in integr. restit. 2, 55 (T. II, § 578, IV, B, 2).

(12) Pr. in medio, I. h. t. ; L. 33, pr. initio, D. de O. et A. 44, 7. — Cf. pr. i. f., I. h. t. (T. I, § 220, III, A, et T. II, § 273, II, 1^o).

(13) Pr. in medio, I. h. t. ; L. 33, pr. initio, D. de O. et A. 44, 7 ; L. 8, D. de popul. action. 47, 23, ebu. avec L. 1, L. 2, L. 4, D. h. t. — T. I, § 89, II, A, 3^o, b. — T. I, § 242, III, 1^o, d. — T. I, § 243, IV, 1^o, a. — T. I, § 218, III, C, 1^o. — Cf. T. I, § 218, III, B, 3^o.

(14) T. I, § 113, I, 2^o. — § 169, I, B, 4^o i. f. — Infra II, B, 3^o, b du présent paragraphe. — (15) T. II, § 253, II, 1^o.

2° Le délai de la prescription se compte civilement comme celui de l'usucapion, mais avec cette modification que le dernier jour du terme doit être achevé et non simplement commencé; la prescription des actions se fonde par son essence sur l'expiration d'un certain laps de temps, et n'ayant sa raison d'être que dans cette expiration, il fallait que le délai auquel elle est subordonnée, fût entièrement écoulé (16). Au reste on est autorisé à joindre à sa propre possession celle de ses auteurs (*accessio possessionis*) (17).

3° Le délai de la prescription doit s'être achevé sans interruption; celle-ci a pour résultat d'anéantir tout le temps antérieur, elle oblige à recommencer une prescription nouvelle; la raison en est que l'interruption fait cesser le reproche de négligence qui sert de base à la prescription (18). Or ce reproche tombe dans les deux cas suivants, appelés respectivement interruption naturelle et interruption civile :

a) Quand la lésion qui a donné naissance à l'action, vient à cesser; dès ce moment l'ayant-droit n'a plus besoin d'agir, il n'est plus même en son pouvoir de le faire (19). La lésion est réputée avoir pris fin par la reconnaissance expresse (20) ou tacite (21) du droit lésé, de la part de l'auteur de la lésion.

b) Il en est de même de l'assignation de l'adversaire pour comparaître en justice (22); une simple sommation est insuffisante pour

(16) L. 6, D. de O. et A. 44, 7. — T. 1, § 109, II.

(17) L. 14, L. 13, § 1, L. 16, D. h. t.; L. 6, L. 8, D. h. t. — Cf. T. 1, § 109, III.

(18) L. 3, § 1, *vis triginta annorum iugi silentio, ex quo competere jure ceperunt* (actiones), L. 4, § 1, *vis iugi silentio*, L. 7, pr., C. h. t. — PROTENHAUER, *Ueber die Unterbrechung der Klagenverjährung*, Leipzig, 1843. — (19) L. 7, § 3 initio, C. h. t.

(20) L. 7, § 3 i. f., C. h. t.; L. 3, C. de duob. reis 8, 40. — (21) L. 8, § 4, C. h. t.

(22) L. 3, C. de ann. except. 7, 40; L. 7, pr., *vis per solam conventionem*, et § 3, *vis per conventionem*, C. h. t.; Cf. L. 7, C. ne de statu defunct. 7, 21, ou devant un arbitre : L. 3, § 1, C. de recept. arb. 2, 36. — A l'époque classique il fallait dans les actions temporaires la *litis contestatio* (L. 9, § 3, D. de jurejur. 12, 2; L. 8, § 1, D. de fidejuss. et nomin. 27, 7), mais plus dans la législation de Justinien (Eu ce sens SCHILLING, *Lehrb.* II, § 116, 2°, et note i. — GOESCHEN, *Fortes* I, § 152 in medio. — DE SAVIGNY, *System* V, § 242, III, p. 516-518. — PROTENHAUER, l. c. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* I, § 29, 2°, et note 3. — KELLER, *Pand.* § 86, c. — WINDSCHEID, *Lehrb.* I, § 108 et note 4. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 146 i. f. — Contra NAMUR, *Institutes* II, § 419, I,

interrompre la prescription (23). Tous les actes de procédure, jusque et y compris le jugement, ont aussi un caractère interruptif. Il s'ensuit que la prescription ne recommence à courir qu'à partir du jugement, ou plutôt à partir de la nativité de l'*actio judicati* produite par le jugement (24); si le procès demeure en suspens, la prescription reprend avec le dernier acte de procédure et dure quarante ans; c'est la prescription de la litispendance (25). Si l'assignation de l'adversaire est impossible à raison de circonstances qui lui sont personnelles, on peut la remplacer par une protestation faite devant le juge compétent, le magistrat local, un tabulaire ou trois témoins, chacune de ces voies étant subsidiaire à celles qui précèdent (26). Il est évident que l'interruption résultant de la citation de l'adversaire n'a d'effet qu'entre parties, et seulement par rapport à l'objet de la citation (27); néanmoins, l'interruption d'une obligation solidaire (28) ou indivisible (29) profite ou nuit nécessairement à toutes les personnes qui figurent dans l'obligation.

4° On ne comprend pas dans le délai de la prescription le temps pendant lequel elle est demeurée en suspens par suite d'un obstacle juridique qui s'opposait à l'exercice de l'action, mais on n'a aucun égard aux empêchements de fait (30); voilà la portée véritable de la maxime *contra non valentem agere non currit prescriptio*. Les empêchements juridiques qui constituent des causes de suspension de la prescription, sont les six suivants :

2, 3^e, c, et note 3, et VANGEROW, *Lehrb.* I, § 132, *Ann.* 1, n° 2 in medio. Ces auteurs arrivent à ce résultat étrange de rendre l'interruption d'une courte prescription plus difficile que celle d'une longue prescription! — D'autres interprètes soutiennent la nécessité de la *litis contestatio* même pour les actions perpétuelles (UNTERWOLZNER, l. c. I, 124, et HEIMBACH, l. c. p. 312 et note 915). — D'autres enfin font dater l'interruption de la seule remise de l'exploit au tribunal; cf. *infra* § 400, 1^o (SIXTENS, *Civilrecht* I, § 31 et *Ann.* 32; Cf. PECHT, *Pand.* § 90, et note p, et *Vorles.* I, § 90 in medio).

(23) Cf. L. 5, § 1, v^{is} *Nec sufficit*..... *conventio*, C. h. t., ebn. avec L. 2, C. *quando libell.* 1, 20. — (24) Voyez *infra* § 407, I.

(25) L. 9, C. h. t.; L. 1, § 1 i. f., C. de ann. except. 7, 40; Cf. L. un., § 1, C. Théod. de action. certo temp. fin. 4, 14. — (26) L. 2, C. de ann. except. 7, 40.

(27) Cf. L. 5, § 1 ebn. avec le pr., C. de ann. except. 7, 40.

(28) L. 3, C. de duob. reis 8, 40. — T. I, § 173, II. — (29) T. I, § 183, II, B.

(30) L. 3, § 1, C. h. t., v^{is} *non sexus*..... *defendenda*.

a) L'impuberté de l'ayant-droit, car l'impubère ne peut ester seul en justice, et il ne doit pas souffrir de la négligence de son tuteur (51).

b) La puissance paternelle à laquelle l'ayant-droit se trouve soumis, en ce qui concerne ses biens adventices, pour un motif analogue (52).

c) La qualité de femme mariée chez l'ayant-droit, quant à sa dot, encore pour ce motif (53).

d) Le bénéfice d'inventaire, vis-à-vis des créanciers de la succession, tant que dure le délai accordé à l'héritier pour faire inventaire; car ce délai suspend la poursuite des créanciers en vertu d'une disposition de la loi (54).

e) Le bénéfice de sursis accordé à un débiteur, pendant la durée du sursis, pour un motif identique (55).

f) La combinaison d'une chose principale et d'une chose accessoire de telle sorte que la séparation est impossible, vis-à-vis du propriétaire de la chose accessoire, aussi longtemps que dure la combinaison; c'est que jusque-là il lui est interdit de revendiquer son bien (56).

III. *Effets de la prescription.* 1^o La prescription anéantit l'action ou le droit d'agir en justice; mais elle n'opère pas de plein droit, elle a besoin d'être opposée par le défendeur; le juge n'est pas admis à la suppléer d'office (57).

2^o Au contraire la prescription laisse subsister le droit servant de base à l'action. S'il s'agit d'une action réelle, l'on conserve le droit de l'exercer contre toutes personnes autres que celle qui a accompli

(51) L. 3, § 1, *vis sed pupillari ætate. sanctioni*, L. 7, pr. in medio et § 1 in medio, C. h. t.; Nov. 22, c. 24 i. f. — S'il s'agit d'une action temporaire mais alors seulement, la suspension dure jusqu'à la majorité : L. 5, C. *in quib. caus. in integr. restit. necess. non est* 2, 41, cbn. avec L. 5, § 1 i. f., C. h. t.

(52) L. 1, § 2, C. *de ann. except.* 7, 40.

(53) L. 30, C. *de J. D.* 8, 12, *vis Omnis autem.*

(54) L. 22, § 11, C. *de jure delib.* 6, 30.

(55) L. 8 i. f., C. *qui bonis ced. poss.* 7, 71. — T. I, § 189, II, 4^o. — (56) T. I, § 117, I.

(57) C'est l'opinion générale (WINDSCHILD, *Lehrb.* I, § 112, note 1. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 148 initio); contra SINTENIS, *Civiltrecht* I, § 31, *Ann.* 61.

la prescription et ses successeurs universels ou particuliers⁽³⁸⁾. Dans le cas d'une action personnelle, il subsiste une obligation naturelle⁽³⁹⁾; mais sur le dernier point les auteurs sont profondément divisés⁽⁴⁰⁾.

§ 380. De la mort d'une partie.

I. de perpetuis et temporalibus actionibus, et quæ ad heredes et in heredes transeunt 4, 12.

La mort de l'une des parties entre lesquelles l'action a pris naissance, ne forme une cause d'extinction de cette action que dans deux cas :

1° Les actions qui tendent à une réparation morale plutôt que pécuniaire (*actiones vindictam spirantes*), s'éteignent par le décès de

(38) L. 8, § 1, C. h. t.; Cf. L. 27, pr., D. de nozal. act. 9, 4.

(39) L. 7, C. h. t.; L. 2, C. de luit. pign. 8, 31; Cf. L. 59, pr., D. ad setum Trebell. 36, 1. — Non obstant 1° L. 57, D. de fidejuss. 46, 1, L. 58, § 4, D. de solut. 46, 3, L. 18, § 1, D. de pec. constit. 15, 3, 2° L. 25, § 1, D. rat. rem hab. 46, 8.

(40) Voyez en notre sens GLÜCK, *Pand.* XIII, p. 100 et 580, XX, p. 162. — WEBER, *Natürliche Verbindlichkeiten* § 92. — GUYET, *Civil Archiv* XI, n° 3. — FRANCKE, *Zivil. Abhandl.* p. 75-78. — MACKELDEY, *Lehrb.* I, § 199^b, 3°. — GOESCHEN, *Vorles.* I, § 134. — PUCHTA (W. H.), l. c. p. 96-97. — DE SAVIGNY, l. c. § 248-251, et *Obligationen* I, p. 96-98. — MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* II, § 481 i. f., et *Fortsetzung von Glück* XXXV, p. 462, note 67, — PUCHTA (G. F.), *Instit.* II, § 208 i. f., *Pand.* § 92, *Vorles.* I, eod. et *Beilage* VI. — DE FRESQUET, *Traité élém. de D. R.* II, p. 313. — BRINZ, *Lehrb.* I, § 47 i. f. — UNTERHOLZNER, l. c. I, § 238, et *Schuldverhältnisse* I, § 247. — SEUFFERT, *Prakt. Pandektenrecht* I, § 31 i. f. et note 3. — KELLER, *Pand.* § 89. — GOUDSMIT, *Pandecten-System* I, § 102 initio. — DEMANGEAT, *Cours élém. de D. R.* II, p. 630. — MAYNZ, *Cours de D. R. T.* I, § 148, et T. II, § 582 initio. — CONTRA VON LÖHR, *Civil Archiv* X, p. 70 sq. (1827). — SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht* I, § 175. — VERMEHREN, *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* II, p. 519-558 (1829). — WENING-INGENHEIM, *Lehrb.* I, § 43. — SCHILLING, *Lehrb.* II, § 116, 4°. — THIHAUT, *System* II, § 1019, A (8me édit.). — KIERULFF, *Theorie* I, p. 212 et notes. — VON DER PFORDTEN, *De obligationis civilis in naturalium transitu* § 6. — CHRISTIANSEN, *Institut.* p. 515. — BÜCHEL, *Zivilrechtl. Erörtr.* n° 1, Marbourg, 1847. — MOLITOR, *Obligations* T. I, n° 55-57, et T. II, n° 1102-1105. — DAHN, *Ueber die Wirkung der Klagenverjährung bei Obligationen*, Munich, 1855. — HEIMBACH, *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* I, p. 456-461, et l. c. p. 655-668. — SISTEMIS, *Civilrecht* I, § 51, III, et *Ann.* 57. — SCHWANERT, *Die Naturalobligatio* § 22. — MACHELARD, *Des obligations naturelles* p. 450-501. — MASSOL, *De l'obligation naturelle* p. 92-104. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 151, *Ann.* — NAMUR, *Institutes* II, § 419, III. — WINDSCHEID, *Lehrb.* I, § 112 initio. — ARNDTS, *Lehrb.* § 277, *Ann.* I.

l'ayant-droit; elles manquent de fondement à l'égard de ses héritiers (1).

2° Les actions pénales et par conséquent aussi les actions mixtes ne se transmettent point du côté de *l'obligé*, à cause du caractère essentiellement personnel de la peine (2). Aux actions pénales sont assimilées les actions infamantes, puisque l'infamie participe de la nature de la peine; à la place de l'action infamante, une action *in factum* se donne contre les héritiers de *l'obligé* en restitution de ce dont ils se sont enrichis par le fait de leur auteur (3). Il va de soi que les actions réelles ne sont ouvertes contre les héritiers du premier obligé que pour autant qu'ils continuent la lésion de leur auteur, sinon il y a seulement lieu à une action *in factum* pour l'émolument (4).

Encore ces deux dérogations à la transmission des actions aux héritiers des parties viennent-elles à cesser quand la mort survient après la *litis contestatio*, par la raison que tout procès commencé doit être continué en vertu d'une obligation nouvelle (5).

§ 381. Du concours d'actions.

THIBAUT. *Zivilistische Abhandlungen* n° 9. Heidelberg, 1814.

KLEINSCHROD. *Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen*. Nordlingen, 1849.

MARTENS. *Ueber Konkurrenz und Kollision der römischen Zivilklagen*. Leipzig, 1836.

1° Lorsque d'un seul et même fait il naît plusieurs actions, l'exercice de l'une ne s'oppose à l'exercice ultérieur des autres que dans le cas où les actions concurrentes ont un but identique, car il est contraire à la raison et à la justice qu'on demande deux fois la

(1) T. II, § 278, III, 2°. — T. II, § 249, I, 2°. — T. II, § 333, III, B, 3°, c. — L. 3, § 8, L. 10, D. de *sepulc. viol.* 47, 12. — (2) T. II, § 274, II, B. — (3) T. I, § 212, III, 1°, b.

(4) L. 42, L. 52, D. de R. V. 6, 1; Voyez aussi L. 42, § 2, D. de *noxal. act.* 9, 4; L. 1, § 17, D. si q. p. f. d. 9, 1.

(5) L. 26, L. 38, D. de O. et A. 44, 7; L. 87, L. 159, pr., D. de R. J. 30, 17, cbn. avec Gaus, III, 180, et IV, 114. — § 1 i. f., 1. h. t.; L. 15, pr. i. f., L. 28, D. de *injur.* 47, 10. — L. 6, § 2, D. de *inoff. testam.* 3, 2. — L. 164, D. de R. J. 30, 17. — Infra § 402, II, B, 1°.

même chose : *bona fides non patitur ut bis idem exigatur*(1). Si les deux actions concurrentes se proposent en partie le même but, et en partie un but différent, l'une n'éteint l'autre que pour le but commun (2).

2° Lorsque les actions concurrentes résultent de faits distincts, leur concours ne forme jamais une cause d'extinction, par la nature même des choses(3).

CHAPITRE III. — DE LA PÉREMPTION D'INSTANCE.

FRANCKE. *Zivilistische Abhandlungen* p. 74-77. Göttingen, 1826.

KELLER. *Ueber Litiscontestation und Urtheil* § 13-19. Zurich, 1827.

ZIMMERN. I. c. § 128 et 131 (1829).

LINDE. *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* II, p. 137-232 (1829).

§ 382. Historique.

Dans les premiers siècles de Rome la péremption d'instance était inconnue. Mais lorsque apparurent les procès honoraires (*judicia que imperio continentur*)(1), on dut les limiter à la durée des fonctions du magistrat qui les avait organisés(2) ; cette prescription était donc d'une durée relative, au maximum d'un an ; aussi se pressait-on autour du tribunal du magistrat à son entrée en fonctions(3). Sous Auguste, les procès civils (*judicia legitima*) furent de leur côté soumis à une prescription fixe de dix-huit mois par la loi Julia *judiciorum privatorum*(4). Le magistrat lui-même abrégéait encore souvent ces

§ 381. — (1) L. 43, § 1, L. 37, D. de R. J. 30, 17 ; L. 34, § 1 et 2, *vis ille autem (condictio furtiva et actio ex locato)..... finietur*, D. de O. et A. 44, 7. — Voyez d'autre part L. 7, § 1, D. de condict. furt. 15, 1 ; L. 34, § 3, D. de furt. 47, 2 ; L. 34, § 2, D. de O. et A. 44, 7, *vis Si is..... non confunditur* ; L. 60, D. eod. ; L. 150, D. de R. J. 30, 17.

(2) L. 34, § 2, D. de O. et A. 44, 7, *vis Post commodati.....* ; L. 2, § 5, D. de priv. del. 47, 1. — (3) Arg. L. 60, D. de O. et A. 44, 7 ; L. 150, D. de R. J. 30, 17.

§ 382. — (1) T. II, § 378, II, A. — (2) GAUS, IV, 103 i. f.

(3) JUVÉNAL, *Satyres* XVI, v. 42-44 ; SERVIUS, *ad Virgil. Æneid*, II, 102, et VI, 431 ; Cf. SIDOINE APOLLINAIRE IV, 6 i. f. — (4) GAUS, IV, 104 i. f.

délais, en fixant au juge de la cause un délai moindre endéans lequel il devait terminer le procès⁽³⁾. Ces dispositions tombèrent en désuétude sous le bas empire; à leur place s'introduisirent deux nouvelles péremptions d'instance⁽⁶⁾, qui seront expliquées au paragraphe suivant.

§ 383. *Théorie du droit nouveau.*

I. Les deux péremptions d'instance du droit nouveau ont chacune un domaine propre : l'une, que nous appellerons péremption d'instance proprement dite, se réfère au cas où le procès a été poursuivi contradictoirement ou par contumace⁽¹⁾; l'autre, la prescription de la litispendance, suppose une suspension de la procédure⁽²⁾. La péremption d'instance proprement dite s'accomplit en règle générale par trois ans⁽³⁾, à partir de la *litis contestatio*⁽⁴⁾, sauf que pour quelques actions le délai est prolongé⁽⁵⁾ ou bien abrégé⁽⁶⁾; la prescription de la litispendance exige quarante ans à dater du dernier acte de procédure⁽⁷⁾. Toutes les deux ont pour effet d'anéantir non-seulement le procès commencé⁽⁸⁾, mais l'action elle-même : celle-ci ne peut être reprise dans la suite⁽⁹⁾; le demandeur n'a qu'un recours éventuel en dommages et intérêts contre son adversaire qui par ses retards a amené la péremption triennale⁽¹⁰⁾; dans tous les cas il

(3) L. 2, § 2, D. de jud. 3, 1; L. 15, § 1, D. de jurid. 2, 1; Cf. L. 52, D. de jud. 3, 1.

(6) L. 1, C. Théod. de dolo malo 2, 13; L. 4, L. 15, C. Théod. de jure fisci 10, 1; L. 41, C. Théod. de appell. 11, 50; L. 1, L. 6, C. Théod. de naufr. 15, 9; L. 15, C. J. de jud. 3, 1. — L. un., C. Théod. de act. certo temp. fin. 4, 14; Nov. de Valentinien III, tit. 12; L. 9, C. J. de præscr. 50 v. 40 ann. 7, 59.

(1) L. 15, pr., § 1, 2, 3, 7 et 8, C. de jud. 3, 1.

(2) L. 9, C. de præscr. 50 v. 40 ann. 7, 59. — (3) L. 15, § 1, C. de jud. 3, 1.

(4) L. 15, § 1 in medio, C. cit.; L. un., C. Théod. de act. certo temp. fin. 4, 14.

(5) L. 7, pr., cf. L. 3, pr., C. J. de tempor. in integr. restit. 2, 55.

(6) L. 8 i. f., C. de dolo malo 2, 21. — L. 5 in medio, cf. L. 2, C. de naufr. 11, 5. — L. 15, § 1 in medio, C. de jud. 3, 1; L. 11, C. de jure fisci 10, 1.

(7) L. 9 i. f., C. de præscr. 50 v. 40 ann. 7, 59.

(8) L. 15, § 1 i. f. et 8, C. de jud. 3, 1. — L. 9 i. f., C. de præscr. 50 v. 40 ann. 7, 59.

(9) L. 15, § 11 initio, C. de jud. 3, 1; Arg. L. 18, § 4, D. de dolo malo 4, 3. — L. 9 i. f., C. de præscr. 50 v. 40 ann. 7, 59.

(10) L. 18, § 4, D. de dolo malo 4, 3; Cf. L. 30, § 1, D. ad leg. Aquil. 9, 2.

subsiste une obligation naturelle⁽¹¹⁾. La prescription de trois ans peut et doit être supplée au besoin par le juge comme étant d'ordre public⁽¹²⁾; la prescription de quarante ans qui n'a pas ce caractère, doit être invoquée par le défendeur⁽¹³⁾.

II. Il résulte de cet exposé :

1^o Que le droit romain ne connaît pas de vraie péremption d'instance fondée sur la suspension de la procédure. Sans doute la prescription de la litispendance se rapporte à ce cas; mais par le délai considérable qu'elle exige, elle appartient bien plutôt à la théorie de la prescription des actions. Quant à la péremption triennale, elle ne tendait qu'à la rapide expédition des affaires judiciaires.

2^o Les deux péremptions d'instance produisent les effets de la prescription d'action.

(11) T. II, § 379, III, 2^o. — (12) L. 13, § 1 i. f. et 8, C. de jud. 3, 1.

(13) T. II, § 379, III, 1^o.

TITRE II.

DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET DE LA COMPÉTENCE.

CHAPITRE I. — DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE.

§ 584. *Notions générales.*

I. Dans l'ancienne Rome le pouvoir judiciaire n'était pas, comme chez nous, séparé du pouvoir administratif, ni même du pouvoir législatif : les magistrats chargés de la justice étaient investis de fonctions administratives, les préteurs étaient considérés comme les collègues des consuls ; d'un autre côté, par la publication de leurs édits ils exerçaient de fait un certain pouvoir législatif⁽¹⁾. Mais cette confusion d'attributions était notablement tempérée par le principe que le magistrat ne connaissait pas du fond des affaires : il ne faisait que les organiser conformément à son édit, en renvoyant le jugement du fond à des tribunaux ou à des particuliers ; c'était en ces derniers plutôt que dans le magistrat que résidait la juridiction⁽²⁾.

II. Dans le sens propre, la juridiction (de *jus dicere*) est le droit de connaître d'une contestation⁽³⁾ ; la juridiction est contentieuse par sa nature. Mais il existe aussi une juridiction volontaire, c'est-à-dire

(1) T. I, § 12, I, A. — (2) T. I, § 12, II i. f., et T. II, § 585, I.

(3) VARRO, de l. l. VI, 50 (MÜLLER) ; Cf. L. 99, pr., D. de F. S. 50, 16.

un droit d'intervention du magistrat dans les affaires privées en dehors d'une contestation : la nomination des tuteurs et des curateurs, l'homologation de certains actes de tutelle et de curatelle, la dation en adoption, l'émancipation des enfants sous puissance, l'affranchissement des esclaves par la voie de la cession judiciaire, l'acquisition de la *bonorum possessio*, l'insinuation des donations importantes, l'approbation de la renonciation à un legs d'aliments pour un capital immédiatement payable, voilà autant d'actes de la juridiction volontaire⁽⁴⁾ ; le magistrat pouvait l'exercer en tout endroit et bien qu'il fût directement intéressé à l'acte⁽⁵⁾. Deux autres divisions de la juridiction restent à expliquer :

A) Les Romains distinguent la *jurisdictio* et l'*imperium*. La *jurisdictio* est la juridiction ordinaire ou proprement dite, celle où l'on se borne d'une manière absolue à l'application de la loi, au *jus dicere*, au *do, dico, addico*⁽⁶⁾ ; elle comprend les procès civils poursuivis devant l'*ordo judiciorum privatorum*, et les actes de juridiction volontaire où l'on ne faisait que dresser acte des déclarations des parties (*acta, gesta*)⁽⁷⁾. L'*imperium*, qui désigne à un point de vue général le pouvoir, le commandement du magistrat, est en matière de juridiction la juridiction libre et souveraine du magistrat ; c'est la procédure extraordinaire ; elle comprend la juridiction criminelle comme *merum imperium*⁽⁸⁾, et au civil les *cognitiones extraordinarie*⁽⁹⁾ avec les actes de juridiction volontaire où l'on observait les formes de la *legis actio*⁽¹⁰⁾, formant ensemble l'*imperium mixtum*⁽¹¹⁾. Mais ces vastes attributions n'appartenaient qu'aux magistrats supérieurs⁽¹²⁾ :

(4) L. 2, pr., D. de off. procons. 1, 16.

(5) L. 4, D. de adopt. 1, 7 ; L. 1-2, D. de off. praet. 1, 14 ; L. 2, D. de off. praes. 1, 18.

(6) VARRON, de l. l. VI, 50 (MÜLLER) ; OVIDE, *Fastes* I, v. 47-48 ; MACROBE, *Saturn.* I, 16 ; L. 5 i. f., D. de jurisd. 2, 1.

(7) PAUL, I, 5, § 1 ; L. 2, C. de mag. munie. 1, 56. — KELLER, l. c. § 2 in medio. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 69-70, p. 84-100. — Cf. PUCHTA, *Instit.* II, § 151, 1^{re}. — RUDORFF, l. c. § 4 in medio. — (8) L. 3 in medio, D. de jurisd. 2, 1.

(9) L. 26, § 1 ebn. avec le pr., D. ad munic. 30, 1 ; L. 4, D. de jurisd. 2, 1.

(10) L. 5 i. f., D. eod. — Cf. L. 6, § 2, D. de tut. 26, 1.

(11) L. 5 i. f., D. de jurisd. 2, 1 ; Cf. L. 1, § 1 i. f., D. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. 1, 21. — (12) L. 1, D. de jurisd. 2, 1.

les magistrats inférieurs, tels que les édiles curules, les questeurs, les *procuratores Cæsaris* et les magistrats municipaux n'avaient que la *jurisdictio*; l'*imperium* leur manquait⁽¹⁵⁾.

B) La juridiction se divise en propre et prorogée ou déléguée :

1° On entend par prorogation de juridiction toute extension donnée à la compétence normale du magistrat. Cette prorogation dérive soit d'une disposition légale attribuant dans une circonstance donnée une compétence exceptionnelle à un magistrat⁽¹⁶⁾, soit de la volonté commune des parties⁽¹⁷⁾.

2° Le droit romain permet d'une manière générale aux magistrats de déléguer leur juridiction à un autre magistrat ou à un simple particulier; l'immensité de la juridiction des magistrats romains explique suffisamment l'admission de ce principe⁽¹⁸⁾; aussi la délégation de la juridiction criminelle était-elle prohibée, parce qu'elle n'était pas commandée par la même nécessité⁽¹⁹⁾. L'effet de la délégation est de mettre le délégué au lien et place du déléguant⁽²⁰⁾, dans les limites de la délégation qui lui a été faite⁽²¹⁾; il en résultait qu'on devait appeler du délégué devant le même tribunal que si le délégant avait prononcé le jugement⁽²²⁾. La délégation se faisant en vue de la personne ne peut se transmettre à d'autres⁽²³⁾.

(15) L. 26, D. *ad munic.* 50, 1; Arg. ULPIN, 1, 7, L. 1, § 1 ebn. avec le pr., D. *de magistr. conv.* 27, 8, et L. 1, D. *de damno inf.* 59, 2. — (16) L. 11, § 1, D. *de jurisd.* 2, 1.

(17) L. 1, D. *de jud.* 5, 1; L. 1, C. *de jurisd. omn. jud.* 5, 15; L. 2, § 1, D. *de jud.* 5, 1; Cf. L. 18, D. *de jurisd.* 2, 1, L. 13, D. *cod.*, et L. 2, pr., D. *de jud.* 5, 1. — *Infra* § 591, II, E.

(18) L. 16-17, D. *de jurisd.* 2, 1; L. 4, § 1, D. *de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* 1, 21.

(19) L. 70, D. *de R. J.* 50, 17; L. 11, D. *de offic. pracons.* 1, 16; L. 1, § 1 in medio, D. *de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* 1, 21; Cf. L. 1, pr., L. 2, § 1, D. *cod.*

(20) L. 16 i f., D. *de jurisd.* 2, 1; L. 1, § 1, L. 5, L. 5, § 1, D. *de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* 1, 21. — (21) L. 16-17, D. *de jurisd.* 2, 1.

(22) L. 1, § 1, D. *quis a quo appell.* 49, 5.

(23) L. 5, pr., D. *de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* 1, 21; L. 5, D. *de jurisd.* 2, 1.

SECTION I. — HISTORIQUE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE A ROME.

§ 383. *Caractères fondamentaux de l'organisation judiciaire dans l'ancien droit romain.*

L'ancienne organisation judiciaire de Rome se distinguait par deux grands caractères : par la division du procès en deux instances, l'une devant le magistrat, l'autre devant le juge, et par l'irrévocabilité de toutes les décisions judiciaires.

I. *De la division du procès en deux instances.* 1° Le trait le plus saillant de l'ancienne organisation judiciaire des Romains est sans contredit la remarquable division du procès en deux instances, l'une devant le magistrat, l'autre devant le juge ; la première formait le *jus*, la seconde le *judicium* ; cette procédure s'appelait *ordo judiciorum privatorum*, et les procès poursuivis par cette voie *judicia ordinaria*. La mission du magistrat était purement préparatoire, il se bornait à organiser le procès : il fixait d'une manière précise l'objet du débat, par conséquent la réclamation du demandeur et la défense de son adversaire (1) ; le fond du litige lui demeurait étranger. C'était au juge proprement dit qu'étaient dévolus l'examen et le jugement de l'affaire. Les avantages de ce système étaient immenses. L'intervention d'un magistrat unique sauvegardait l'unité du droit dans son application aux différends privés, et la haute position que ce magistrat occupait dans l'État assurait une justice pleine et entière au dernier des citoyens. L'intervention du juge, arbitre véritable du litige, tempérant ce que le pouvoir du magistrat pouvait présenter de redoutable et même de dangereux, mais surtout elle permettait de confier chaque procès aux personnes les plus capables de l'apprécier en pleine connaissance de cause. L'institution tout entière avait un caractère des plus démocratiques ; c'était l'application du jury aux affaires privées, et les jurés étaient en général librement choisis par la volonté commune des plaideurs (2). Il n'y avait exception au renvoi

(1) Cic., *de invent.* II, 19, *vis in iure quodammodo agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur.* — (2) *Infra* § 387, IV, D.

devant le juge que quand dès le premier abord les faits étaient clairs, soit que la demande fût ouvertement non recevable⁽³⁾, soit que le défendeur en reconnût le fondement⁽⁴⁾; alors le magistrat lui-même refusait l'action au demandeur (*denegatio actionis*), ou bien l'avou du défendeur équivalait à sa condamnation : *in jure confessus pro judicato habetur*; dans les deux cas le renvoi au juge n'avait pas d'objet.

2° L'on écrit souvent, sans en fournir la preuve, que la division du procès en *jus* et *judicium* repose sur la séparation des questions de droit et des questions de fait, non que l'on veuille nier que le juge pût avoir à appliquer des règles juridiques, mais l'on soutient que sa mission principale consistait dans l'appréciation des faits du procès, tandis que le magistrat aurait fixé en général le point de droit⁽⁵⁾. Cette opinion manque de tout fondement : le juge connaissait de l'affaire en droit comme en fait, et la tâche du magistrat était simplement préparatoire. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner le rôle du magistrat et celui du juge dans une action quelconque, réelle ou personnelle : l'on s'aperçoit aussitôt qu'une infinité de questions de droit ou plutôt le système entier du droit privé pouvait se présenter devant le juge, et que par contre le magistrat décidait bien peu de questions de droit. Aussi ni Gaius ni aucun autre ancien auteur ne mentionnent la prétendue séparation du droit et du fait comme étant la base du *jus* et du *judicium*, et les discours de Cicéron prononcés *in judicio* abondent en discussions juridiques. Des textes formels confirment d'ailleurs notre manière de voir⁽⁶⁾. Qu'on n'invoque pas l'expression de *jus* qui sert à désigner la procédure devant

(3) CIC., *pro Flacco* 21; *ad Herennium* II, 12; L. 50, D. de *solut.* 46, 3; L. 26, L. 27, PR., D. de *V. O.* 43, 1.

(4) PAUL., II, 1, § 3; V, 32, § 2; L. 1, C. de *confess.* 7, 39. — T. II, § 403, IV, A, 2°.

(5) Voyez en ce sens ZIMMERN, l. c. § 1 in medio. — NAMEN, *Institutes* II, § 401, 1°. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 129 in medio.

(6) VARRON, de *lingua lat.* V, p. 63, lignes 21 et 22 (édition MAUREUS), v¹ *Hinc iudex, quod ius dicat accepta potestate, id est, quibusdam verbis dicendo finit*, et ligne 24, v¹ *Hinc ab iudicando, iudicium, ebn.* avec les lignes 20 et 21, v¹ *Hinc iudicare, quod tunc ius dicitur*; SÉNÈQUE, de *benefic.* III, 7; L. 79, § 1, D. de *jud.* 3, 1; PR., I. de *offic. jud.* 4, 17.

le magistrat ; tout ce qui en résulte, c'est que le magistrat fixait la question générale de droit soulevée par le débat, et non qu'il tranchât toutes les questions de droit, ou une partie importante de ces questions⁽⁷⁾.

II. *De l'irrévocabilité des jugements.* Un autre principe fondamental de l'ancienne organisation judiciaire de Rome consistait dans le caractère définitif de toutes les décisions judiciaires, car chaque magistrat chargé de l'administration de la justice était souverain dans sa sphère ; la partie succombante ne disposait d'aucun moyen pour arriver à la réformation du jugement défavorable. Mais dans certains cas l'exécution d'un jugement de condamnation pouvait être arrêtée, soit à raison de sa nullité⁽⁸⁾, soit à la suite de l'intercession d'un magistrat supérieur ou égal à celui qui avait organisé le procès⁽⁹⁾, soit enfin par la voie de la restitution en entier⁽¹⁰⁾.

§ 586. *Des magistrats.*

Trois périodes sont à considérer : celle de la royauté, celle de la république et celle de l'empire.

1^{re} *Période de la royauté.* Le magistrat unique et suprême dans cette première période est le roi lui-même⁽¹⁾, et pendant les inter-règnes l'interroi⁽²⁾. Nous ignorons jusqu'à quel point le roi se faisait assister par d'autres personnes dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

(7) Voyez BONJEAN, l. c. I, § 25 et 251. — WALTER, l. c. n^o 660 initio. — PUCHTA, *Instit.* II, § 130 in medio et § 135 initio. — KELLER, l. c. § 1 in medio et note 8. — BEHLMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* I, § 26, p. 69-75. — Cf. REIDORFF, l. c. § 1 et note 6.

(8) D. *quæ sententiæ sine appellatiōne rescindantur* 49, 8 ; C. *quando provocare necesse non est* 7, 64.

(9) Cic, *pro Tullio* 58, *pro Quinctio* 20, *pro Cluentio* 27, et *in Verrem* I, 46 ; AULUGELLE, VII, 19.

(10) L. 28, L. 29, pr. et § 1, L. 42, D. *de minor.* 4, 4 ; L. 55, D. *de re judic.* 42, 1 ; C. *si adv. rem judic.* 2, 27.

(1) L. 2, § 14, D. *de O. J.* 1, 2 ; DENYS D'HALLIC., II, 14, IV, 41, et X, 1 ; PLUTARQUE, *Numa* 9 ; Cic., *de republ.* V, 2. — (2) DENYS D'HALLIC., II, 38, III, 36, IV, 40 et 80.

2° *Période de la république.* Après l'expulsion des rois, les deux consuls héritèrent de leurs attributions judiciaires⁽⁵⁾; sous ce rapport, ils s'appelaient *judices* (4). Bientôt, par suite du développement de la cité romaine et des relations civiles, les consuls devinrent insuffisants : en l'année 587, les lois Liciniennes distrayèrent du consulat l'administration de la justice et la confièrent à un magistrat spécial qui prit le nom de préteur⁽⁵⁾; encore sépara-t-on de l'ensemble des affaires civiles les contestations relatives aux ventes d'esclaves et de bestiaux, pour les attribuer aux édiles curules qu'on avait chargés de la police des marchés⁽⁶⁾. Ces magistrats devinrent également insuffisants lorsque les Romains entrèrent en rapports suivis avec les peuples étrangers : en l'année 508, on créa un second préteur chargé exclusivement de la juridiction entre étrangers ou entre étrangers et Romains⁽⁷⁾; de là un préteur urbain et un préteur pérégrin. — Dans les villes d'Italie l'organisation judiciaire était modelée sur celle de Rome : la juridiction y appartenait soit aux premiers magistrats (*dictator, prætor, ædilis, duoviri, quatuorviri, octoviri*), qui, à ce point de vue, recevaient les qualifications subsidiaires de *juri dicundo* ou d'*ædilitiæ potestatis*, la dernière s'ils n'avaient que les attributions des édiles romains⁽⁸⁾, soit à des magistrats propres créés par analogie des préteurs ou des édiles curules de Rome et appelés dans le premier cas *præfecti juri dicundo*, et dans le second *præfecti ædilitiæ potestatis*⁽⁹⁾. — Dans les provinces, pour ne pas parler des villes jouissant du droit italique qui avaient l'organisation judiciaire des cités italiennes, ni des villes libres qui avaient conservé leurs magistrats chargés spécialement de la justice (démarches, etc.), les gouverneurs et les questeurs remplaçaient respectivement les préteurs et les édiles curules de Rome⁽¹⁰⁾. A cause de l'étendue des

(5) L. 2, § 16, D. de O. J. 1, 2; DENYS D'Halic., X, 1 et 19; TITE-LIVE, II, 27.

(4) VARRON, de l. l. VI, 88 (MÜLLER). — (5) L. 2, § 27, D. de O. J. 1, 2; CIC., de leg. III, 3.

(6) L. 1, pr. et § 1, L. 58, pr., L. 40, § 1, L. 41-42, D. de ædil. ed. 21, 1; L. 2, § 34, D. de O. J. 1, 2. — (7) L. 2, § 28, D. cod.; LYDUS, de magistrat. 1, 58 et 43.

(8) PAUL, II, 23, § 4. — (9) RUDORFF, l. c. § 4 in medio.

(10) GAIVS, I, 6, vis quorum in provinciis. questores habent; CIC., de leg. II, 2; ad Att. VI, 1-2.

provinces romaines, le gouverneur, et sans doute aussi son questeur, tenaient des assises périodiques (*conventus, fora*) dans les principales villes de la province, à l'effet d'y rendre la justice⁽¹¹⁾; ces villes s'étant fixées par l'usage, les provinces se trouvèrent de fait divisées en un certain nombre de districts d'un rayon déterminé et avec un chef-lieu propre (*juridici conventus*)⁽¹²⁾.

3^o *Période de l'empire (jusqu'à Dioclétien)*. La ville de Rome conserve en principe ses anciens magistrats républicains, les préteurs et les édiles curules; mais leur juridiction est singulièrement limitée et dans les sens les plus divers. D'abord, eu égard à l'immense développement qu'avait pris la cité romaine, on confia plusieurs groupes de procès à d'autres magistrats; dorénavant à côté des préteurs urbain et pérégrin, il y eut les édiles curules et les préteurs tutélaire, fidéicommissaire et fiscal⁽¹³⁾; les consuls aussi avaient recouvré une partie de leur ancienne juridiction⁽¹⁴⁾; puis venaient avec une compétence spéciale le préfet de la ville⁽¹⁵⁾ et les préfets de l'*ærarium*⁽¹⁶⁾. Mais il s'était élevé encore une autorité bien plus redoutable: l'empereur, en vertu de son *imperium*, s'attribua le droit de connaître de toutes les affaires civiles, dès qu'il le jugeait convenable⁽¹⁷⁾; il en était de même du préfet du prétoire⁽¹⁸⁾. — Dans les villes d'Italie, l'administration de la justice subsiste dans ses éléments principaux; mais la compétence des magistrats locaux avait été limitée par la loi Julia *municipalis* de l'an 709 pour l'Italie proprement dite et par la loi Rubria de l'an 711 pour la Gaule Cisalpine; on leur avait enlevé d'un côté les affaires dépassant un certain taux⁽¹⁹⁾, d'après la loi Rubria 15,000 sesterces (environ 4,000 fr.)⁽²⁰⁾, et d'un autre

(11) FESTUS, v^o *Conventus*; PAULUS *diaconus*, ex *Festo*, v^o *Forum*; CIC., in *Verrem* V, 11 i. f.; ad *Att.* V, 14, § 2; V, 21, § 9; VI, 2, § 4.

(12) PLINÉ, *H. N.* III, 3 i. f. et 23 i. f.

(13) L. 2, § 32 i. f., D. de *O. J.* 1, 2, chn. avec § 1 i. f., I. de *fideic. hered.* 2, 25; CAPITOLIN, *Marc-Aurèle* 10. — (14) L. un., D. de *off. cons.* 1, 10.

(15) L. 1, § 1-2, D. de *off. præf. urbi* 1, 12. — (16) SÉTONE, *Néron* 17.

(17) SÉTONE, *Octave* 33, *Claude* 4 et 13, *Néron* 15 et *Domitien* 8; DION CASSIUS, LIII, 18, LIX, 18, LX, 4, LXIX, 7, LXXI, 6, et LXXVII, 17.

(18) DION CASSIUS, LII, 33; CAPITOLIN, *Marc-Aurèle* 11; HÉRODIEN, VII, 6.

(19) PAUL, V, 3^a, § 1 in medio; ARG. L. 28, D. de *munic.* 50, 1. — (20) c. 21-22.

côté les attributions de l'*imperium* (21). Les causes ainsi soustraites à la juridiction municipale furent déferées aux préteurs de Rome (22), et à partir d'Adrien qui divisa l'Italie en cinq districts, aux chefs de ces districts (*consulares, juridici, correctores*), véritables gouverneurs de province; les préteurs romains demeurèrent à la tête du district central de Rome (23). — Dans les provinces l'administration de la justice est toujours entre les mains du gouverneur; les questeurs aussi ont conservé leur juridiction spéciale dans les provinces du peuple romain (24), mais ils ont disparu dans les provinces de l'empereur (25), où ils sont remplacés par des procureurs investis d'une simple compétence fiscale (*procuratores Cæsaris vel Augusti* (26)).

§ 387. Des juges.

I. DES PONTIFES. Dans les premiers temps de Rome, les pontifes paraissent avoir été investis d'une juridiction générale en matière civile; tous les ans ils désignaient l'un d'entre eux pour vaquer au jugement des affaires (1). Cependant des doutes sérieux subsistent au sujet de la juridiction des pontifes (2).

II. DES DÉCEMVIRS. Vraisemblablement sous Servius Tullius (3) fut institué le tribunal permanent des décevirs (*decemviri litibus iudicandis*) (4). Nous ne connaissons guère que le fait de l'existence de ce tribunal; tout ce qui le concerne est entouré de l'obscurité la plus profonde; mais il est certain que la juridiction des pontifes avait disparu au commencement de la république.

(21) L. 12, D. de *jurisd.* 2, 1; L. 26, § 1 ebn. avec le pr., D. ad *munic.* 30, 1; Arg. L. 103, D. de *R. J.* 50, 17; L. 1, D. de *damno inf.* 59, 2; PAUL, II, 23, § 4.

(22) L. 103, D. de *R. J.* 50, 17; L. 1, D. de *damno inf.* 59, 2.

(23) SPARTIEN, *Adrien* 22; CAPITOLIN, *Antonin le Pieux* 2-3 et *Marc-Aurèle* 11; DION CASSIUS, LXXVIII, 22; *Vatic. fragm.* 232; Rubr. L. 3, C. *quib. non objic. l. t. præser.* 7, 33. — (24) GAÏUS, I, 6 in medio. — (25) GAÏUS, I, 6 i. f.

(26) D. de *officio procuratoris Cæsaris* 1, 19; L. 47, § 1, D. de *J. F.* 49, 14; L. 2, C. *eod.* 10, 1; *Collatio* XIV, 3, § 1.

(1) L. 2, § 6, D. de *O. J.* 1, 2; CIC., de *leg.* II, 19; DENYS D'HALLIC., II, 73; Cf. PLUTARQUE, *Numa* 9; PAULUS *diaconus*, ex *Festo*, v¹ *Maximus pontifex*.

(2) En notre sens PUCHTA, *Institut.* I, § 41 i. f. — (3) DENYS D'HALLIC., IV, 23.

(4) TITE-LIVE, III, 33; Cf. L. 2, § 29, D. de *O. J.* 1, 2.

III. DES CENTUMVIRS. Vers cette dernière époque s'éleva le tribunal des centumvirs, et les décemvirs furent limités au jugement des questions d'état⁽⁵⁾. Le tribunal des centumvirs compta d'abord cent cinq membres⁽⁶⁾, plus tard au moins cent quatre-vingts⁽⁷⁾; il était présidé par le préteur urbain⁽⁸⁾ et par les anciens questeurs⁽⁹⁾, depuis Auguste par les décemvirs⁽¹⁰⁾; ceux-ci se confondirent dès lors avec les centumvirs. Le tribunal des centumvirs était divisé en quatre chambres (*consilia, tribunalia, judicia, hastæ*) siégeant et jugeant séparément⁽¹¹⁾; mais il arrivait aussi que plusieurs chambres se réunissaient en un seul tribunal à raison de la connexité des affaires qui leur étaient soumises⁽¹²⁾. Le lieu de séance des centumvirs était marqué par un javelot (*hasta*), le symbole de la propriété quiritaire⁽¹³⁾. Nous pensons que la compétence des centumvirs avait dans le principe un caractère général, qu'elle s'étendait à toutes les contestations civiles⁽¹⁴⁾, si ce n'est aux questions d'état qui demeurèrent longtemps réservées aux décemvirs⁽¹⁵⁾. Mais l'institution des juges privés limita de bonne heure la juridiction des centumvirs, et dans les derniers siècles de la république elle formait déjà la règle commune; le tribunal des centumvirs disparut sous le bas-empire⁽¹⁶⁾.

IV. DES JUGES PRIVÉS. A) *Historique*. Les juges privés ne s'introduisirent que successivement dans l'administration de la justice :

1° Ils durent leur origine à une loi Pinaria, portée peut-être en

(5) Cic., *pro Cæcina* 33 et *pro domo* 29.

(6) Festus, v° *Centumviratū*; VARRON, *de re rustica* II, 1 et 26.

(7) PLINÉ, *Epist.* VI, 33. — (8) PLINÉ, *Epist.* V, 21. — (9) SUÉTONE, *Octave* 56.

(10) SUÉTONE, l. c.; PLINÉ, *Epist.* V, 21; DION CASSIUS, LIV, 26.

(11) QUINTILIEN, *Instit. orat.* XII, 3, § 6; PLINÉ, *Epist.* II, 14.

(12) VALÈRE-MAXIME, VII, 7, § 1; QUINTILIEN, *Instit. orat.* V, 2, § 1; XI, 1, § 78; PLINÉ, *Epist.* I, 18; IV, 24; VI, 33. — (13) GAIUS, IV, 16 i. f.

(14) Arg. Cic., *de orat.* I, 38, et GAIUS, IV, 16 i. f.

(15) Cic., *pro Cæcina* 33 et *pro domo* 29.

(16) St JÉRÔME, *Epist. ad Domn.* 30. — BETHMANN-HOLLWEG, *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss.* V, n° 11. — SCHNEIDER, *De centumviralis iudicii apud Romanos origine*, Rostock, 1833. — ZUMPT, *Ueber Ursprung, Form und Bedeutung des Centumviralgerichts in Rom*, Berlin, 1858. — KRAE, *Ueber Legis Actiones und das Centumviralgericht der Römer*, Leipzig, 1833 (2^e édition; 1^{re} de 1839).

l'année 282 de Rome : cette loi permit aux plaideurs, au moins dans les actions personnelles, de se soustraire à la procédure *per sacramentum*, d'une application générale à cette époque⁽¹⁷⁾, en demandant de commun accord au magistrat un juge privé ; ce juge leur était donné après trente jours⁽¹⁸⁾. Dès ce moment les actions personnelles étaient virtuellement enlevées à la juridiction des centumvirs. Aussi, lorsque plus tard on appliqua aux dites actions les procédures nouvelles *per judicis postulationem* et *per conductionem*, on y admit comme règle absolue la nomination d'un juge privé⁽¹⁹⁾.

2° Vers le commencement du sixième siècle, l'institution des juges privés fut étendue à des actions quelconques, personnelles ou réelles, quand les plaideurs ou l'un d'eux était pérégrin ; les juges donnés à cette occasion prirent le nom spécial de récupérateurs⁽²⁰⁾.

3° Enfin, même pour les différends entre citoyens romains, la juridiction des juges privés était la règle tout à fait générale au milieu du septième siècle ; les centumvirs ne connaissaient plus que de quelques actions réelles, parmi lesquelles figuraient au premier rang la pétition d'hérédité ouverte aux successeurs nécessaires avec l'importante *querela inofficiosi testamenti*⁽²¹⁾ ; sous l'empire ces causes héréditaires forment toute la compétence du tribunal⁽²²⁾.

B) *Des diverses classes de juges privés.* Les deux catégories principales de juges privés sont les *arbitri* et les *judices* proprement dits ; à côté d'eux se placent d'une manière accessoire les *recuperatores*. Les arbitres sont nommés dans les actions de bonne foi, les juges proprement dits dans les actions de droit strict⁽²³⁾, les récupérateurs seulement dans certaines causes déterminées, et notamment, à part leur compétence internationale⁽²⁴⁾, dans les actions relatives à des rapports plus personnels que patrimoniaux : tels sont les

(17) *Infra* § 392, 1^o. — (18) GAIUS, IV, 13 ; Cf. MACROBE, *Saturn.* I, 13 i. f.

(19) *Infra* § 393, II et III.

(20) PLAUTE, *Bacch.* II, 3 et 56. — RUDORFF, l. c. § 8 i. f. — KELLER, l. c. § 8 initio.

(21) CIC., *de orat.* I, 58 et 57.

(22) QUINTILIEN, *Instit. orat.* IV, 2 et 5 ; VALÈRE-MAXIME, VII, 7, § 1, 2 et 5 ; VIII, § 2 et 4 ; IX, 13, § 5 ; PLINIE, *Epist.* V, 1 ; VI, 35 ; PAUL, V, 16, § 2 ; St JÉRÔME, *Epist. ad Domn.* 50 ; L. 12, pr., C. de P. H. 3, 31 ; L. 4, C. de lib. præter. 6, 28.

(23) CIC., *pro Roscio com.* 4 et 9 ; FESTUS, *v^o Arbitr.* — (24) RUDORFF, l. c. § 8.

actions d'état⁽²⁵⁾, l'action d'injures⁽²⁶⁾, les interdits⁽²⁷⁾ et les actions de police⁽²⁸⁾; la procédure devant les récupérateurs paraît avoir eu un caractère expéditif, mais nous ne possédons pas de renseignements explicites sur ce point⁽²⁹⁾. Les juges siégeaient seuls⁽³⁰⁾; les arbitres étaient à l'origine le plus souvent au nombre de trois⁽³¹⁾, plus tard on les trouve seuls⁽³²⁾; les récupérateurs étaient généralement trois, parfois cinq⁽³³⁾. Vers la fin de l'époque classique les juges ou arbitres sont qualifiés de *pedanei*; on voulait sans doute indiquer par là qu'ils n'avaient qu'une juridiction inférieure, car on pouvait appeler de leurs jugements devant le magistrat qui les avait nommés; l'épithète de pédané avait été rendue nécessaire parce que le magistrat lui-même connaissant souvent du fond de la cause, avait pris le nom de *judex*⁽³⁴⁾.

C) *Des listes de juges*. Fort longtemps les juges furent choisis parmi les sénateurs⁽³⁵⁾; le privilège du sénat se maintint même après que, dans le cours du septième siècle, ce corps eut perdu le droit exclusif de composer les tribunaux criminels permanents (*quaestiones perpetuae*). Ce ne fut qu'Auguste qui étendit aux affaires civiles les listes des juges en matière criminelle (*judices selecti, album judicum*)⁽³⁶⁾. Dans leur état définitif, ces listes comprenaient les

(25) SÛÉTONE, *Vespasien* 3 et *Domitien* 8.

(26) AULU-GELLE, XX, 1; Cf. *Auctor ad Herennium* II, 15 et 19; GAIUS, III, 224.

(27) GAIUS, IV, 141 initio; Cic., *pro Cæcina* et *pro Tullio*.

(28) *Lex Julia agraria* de Jules César, c. 5. — KELLER, l. c. § 8 in medio.

(29) Cic., *pro Tullio* 10 i. f.; GAIUS, IV, 185; PLINÉ, *Epist.* III, 20. — HUSCHKE, *De recuperatoribus*: *Anal. litt.* p. 208-233, et *Richter's Jahrbücher* I, p. 861 sq. (1837). — SELL (C.), *Die recuperatio der Römer*, Brunswick, 1837.

(30) VALERIUS PROBUS, *T. I. A. V. P. V. D.*; Cic., *de offic.* III, 10; GAIUS, IV, 13.

(31) FESTUS, *vo Vindicæ*. — (32) VALERIUS PROBUS, *T. I. A. V. P. V. D.*

(33) GAIUS, IV, 46, 105 initio, 109 in medio et 141 initio; Cic., *in Verrem* III, 12 et 60; TITE-LIVE, XLIII, 2; Cf. GAIUS, I, 20, et ULPIEN, I, 15^a.

(34) PAUL, V, 28, § 1 (L. 58, § 10, D. *de pæn.* 48, 19); L. 4, D. *de tut. et cur. dat.* 26, 3; L. 1, § 6, D. *de postul.* 3, 1; L. 3, § 1, D. *ne quis enim* 2, 7; L. 2 initio, C. *de ped. jud.* 3, 3. — BONJEAN, l. c. I, § 112, p. 521-522. — RUDORFF, l. c. § 11 i. f. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 71, p. 104-105. — Pour une autre explication du mot pédané voyez BETHMANN-HOLLWEG, *Gerichtsverf. u. Prozess des sink.* R. R. § 13, p. 140-142. — PUCHTA, *Institut.* II, § 134 i. f. — KELLER, l. c. § 7 i. f. — Voyez encore ZIMMERN, l. c. § 18, p. 35. — (35) POLYBE, VI, 17; PLAUTE, *Rudens* III, 4, v. 7 sq.

(36) SÛÉTONE, *Octave* 32; PLINÉ, *H. N.* XXX, 7; AULU-GELLE, XIV, 2.

sénateurs, les chevaliers, les censitaires de 200,000 sesterces (environ 50,000 fr.), et une dernière catégorie dont les éléments ne nous sont pas indiqués⁽⁵⁷⁾; le nombre total des juges s'élevait à plusieurs milliers⁽⁵⁸⁾; ils formaient cinq listes distinctes appelées *decuriæ judicum*, et comprenant respectivement les sénateurs, les chevaliers avec cens sénatorial, les chevaliers ordinaires, les censitaires à 200,000 sesterces (*ducenarii*) et une cinquième classe inconnue⁽⁵⁹⁾. La confection des listes appartenait au prêteur urbain⁽⁴⁰⁾; chaque année elles étaient soumises à une révision⁽⁴⁰⁾ et affichées publiquement en un seul tableau (*in albo relati judices*)⁽⁴¹⁾; étaient incapables de figurer sur les listes, pour des causes naturelles, les mineurs de dix-huit ans⁽⁴²⁾, les aliénés, les sourds et les muets⁽⁴³⁾, et en vertu de dispositions positives, les esclaves, les femmes et les infâmes⁽⁴⁴⁾. Au reste il dépendait des parties de se choisir de commun accord un juge en dehors des listes officielles⁽⁴⁵⁾; celles-ci paraissent même n'avoir été applicables en aucune façon aux récupérateurs⁽⁴⁶⁾. — Dans les villes d'Italie l'*album* des décurions formait sans doute en même temps celui des juges civils⁽⁴⁷⁾; la plèbe finit cependant par conquérir certains droits dont nous ignorons l'étendue⁽⁴⁸⁾. — Dans les provinces, abstraction faite des villes de droit italique ou demeurées libres⁽⁴⁹⁾, le gouverneur composait une liste de juges au moyen des citoyens romains de l'endroit où il tenait ses assises⁽⁵⁰⁾;

(57) SUÉTONE, *Octave* 32 et *Caligula* 16; PLINÉ, *H. N.* XXXIII, 7-8; Cf. SUÉTONE, *Galba* 14. — (58) PLINÉ, *H. N.* XXXIII, 7.

(59) SUÉTONE, *Octave* 32 et *Caligula* 16; PLINÉ, *H. N.* XXXIII, 7-8.

(40) CIC., *pro Cluentio* 43.

(41) CIC., l. c.; SÉNÈQUE, *de benef.* III, 7 i. f.; PLINÉ, *H. N. præf.*; SUÉTONE, *Claude* 16 in medio. — (42) L. 12, § 2 in medio, D. *de jud.* 3, 1; L. 37, D. *de re judic.* 42, 1.

(43) L. 12, § 2 in medio, D. *de jud.* 3, 1. — (44) L. 12, § 2 i. f., D. cit.

(45) ARG. L. 37, D. *de jud.* 3, 1.

(46) HUSCHKE, *de recuperatoribus* p. 240. — KELLER, l. c. § 10 i. f. — Mais elles s'appliquaient aux arbitres (PUCHTA, *Institut* II, § 134 in medio. — KELLER, l. c. § 10 i. f. — contra DE SAVIGNY, *System* V, § 218, p. 102-105, *Beilage* XIII, p. 469, et *Nachtrag* zu § 218, p. 643-646. — (47) *Lex Flavia de Salpensanis* c. 28.

(48) ARG. ORELLI, *Inscript.* 2489. — KELLER, l. c. § 10 in medio.

(49) T. II, § 386, 2^o i. f.

(50) CIC., in *Verrem* II, 13 et 22; III, 39 et 136; ad *Att.* VI, 1, § 15; VI, 2, § 4.

mais cette règle admettait des exceptions dans beaucoup de provinces, où l'on nommait des pérégrins lorsque la contestation s'élevait entre pérégrins, et parfois par cela seul que le défendeur avait cette qualité; les exceptions tenaient à la constitution spéciale de la province ou à l'édit du gouverneur⁽⁵¹⁾.

D) *De la nomination des juges.* C'était un principe fondamental de l'ancienne procédure romaine que les plaideurs prenaient part à la désignation du juge; mais l'application du principe varia dans le cours des temps. Durant la république, le juge était librement convenu entre parties; *neminem voluerunt majores nostri*, dit Cicéron, *ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset*⁽⁵²⁾; ou bien les parties s'entendaient à l'avance sur le juge à prendre, ou bien le demandeur faisait des propositions à son adversaire (*judicem ferre adversario*)⁽⁵³⁾; celui-ci était libre de récuser le juge présenté, en jurant qu'il ne lui inspirait pas de confiance (*ejurare*)⁽⁵⁴⁾; mais s'il poussait son droit de récusation jusqu'à la chicane, il s'exposait à être condamné comme défaillant⁽⁵⁵⁾; ce mode de procéder à la nomination du juge s'appelait techniquement *eligere vel sumere judicem*⁽⁵⁶⁾. A l'époque classique, à moins que les parties ne fussent d'accord⁽⁵⁷⁾, la présentation des juges passa au magistrat⁽⁵⁸⁾, et il ne resta aux plaideurs qu'un droit limité de récusation: le magistrat proposait les juges, à coup sûr d'après un certain roulement, et les parties récusaient⁽⁵⁹⁾; c'est ce qu'on appelait *sortiri judicem*⁽⁶⁰⁾.

E) *De la fonction de juge.* La fonction de juge formait une charge publique⁽⁶¹⁾; aussi avait-on l'obligation de l'accepter⁽⁶²⁾, sous peine

(51) PECHTA, *Institut.* I, § 67 in medio. — WALTER, l. c. n° 665.

(52) CIC., *pro Cluentio* 43; Voyez encore CIC., *pro Roscio com.* 14, in *Verrem* II, 18, et VALÈRE-MAXIME, II, 8. — (53) CIC., *pro Roscio com.* 14 et 42; TITE-LIVE, III, 24 et 57.

(54) CIC., *de orat.* II, 70 et 285. — (55) KELLER, l. c. § 9 in medio.

(56) PLIN., *H. N.* 1; CIC., *pro Quinctio* 9 et *pro Flacco* 21. — (57) L. 80, D. *de jud.* 3, 1.

(58) AFG. L. 47, D. *eod.*; Voyez cependant encore QUINTILIEN, *Instit. orat.* V, 6, et PLIN., *H. N.* 1. — (59) Cf. CIC., in *Verrem* II, 2 et 13; III, 11, 15 et 60.

(60) PLIN., *H. N.* 1. — PECHTA, *Institut.* II, § 154 i. f. — KELLER, l. c. § 9 i. f.

(61) L. 78, D. *de jud.* 3, 1; Cf. L. 18, § 14, ebn. avec le pr. et le § 1, D. *de muner.* 30, 4. — (62) L. 13, § 2, D. *de vacat.* 30, 3.

d'amende⁽⁶⁵⁾; on était seulement admis à s'excuser à raison du nombre des enfants, par analogie de la tutelle⁽⁶⁴⁾, comme médecin, grammairien, rhéteur ou philosophe⁽⁶⁵⁾, comme mineur de vingt ans⁽⁶⁶⁾, pour cause de vieillesse⁽⁶⁷⁾, et dans d'autres cas abandonnés à l'appréciation du magistrat⁽⁶⁸⁾; l'excuse qu'on n'avait pas fait valoir lors de la révision de l'*album*⁽⁶⁹⁾, devait être produite le plus tôt possible après la nomination⁽⁷⁰⁾. Avant d'entrer en fonctions, le juge prêtait serment⁽⁷¹⁾. Sa tâche se bornait d'ailleurs au jugement du procès; l'exécution de la sentence appartenait au magistrat qui l'avait nommé⁽⁷²⁾; de plus, durant tout le procès, le juge demeurait sous le contrôle du magistrat qui pouvait arrêter ou stimuler son action d'après les besoins⁽⁷³⁾.

§ 387^{bis}. *Des assesseurs, des officiers des magistrats et des avocats.*

I. *Des assesseurs.* Les magistrats et les juges prenaient souvent des assesseurs (*assessores, consiliarii*), de préférence des hommes de loi⁽¹⁾; le rôle de l'assesseur consistait à éclairer, sous sa responsabilité⁽²⁾, le magistrat et le juge; il n'avait pas voix délibérative⁽³⁾. A la fin de l'époque classique, la charge d'assesseur devint une fonction publique permanente : les magistrats s'adjoignirent

(65) FRONTINUS, *de aqued.* 100; PLINÉ, *Epist.* IV, 29.

(64) *Vatic. fragm.* 194-199, chn. avec L. 1, pr. in medio, D. *de vacat.* 30, 3, et SÉNEQUE, *Claude* 13. — T. 1, § 49, II, A. — (65) L. 6, § 8, D. *de excus.* 27, 1.

(66) L. 41 initio, D. *de recept.* 4, 8; Cf. SÉNEQUE, *Octave* 32.

(67) Arg. L. 3, pr., D. *de jure immun.* 30, 6; Cf. L. 1, § 3, D. *de vacat.* 30, 3.

(68) L. 18, pr., D. *de jud.* 3, 1; L. 13, pr. et § 1, D. *de vacat.* 30, 3.

(69) SÉNEQUE, *Octave* 32 et *Claude* 13; PLINÉ, *Epist.* X, 66.

(70) L. 1, pr. et § 1, L. 13, § 3, D. *de vacat.* 30, 3.

(71) CIC., *pro Cluentio* 43, *de offic.* III, 10, 43 et 44; L. 14, pr. initio, C. *de jud.* 3, 1.

(72) L. 13, pr., D. *de re judic.* 42, 1. — *Infra* § 408.

(73) RUDORFF, l. c. § 10 in medio.

(1) CIC., *de orat.* I, 37 et 168; *pro Quintio* II, 10; X, 56; XXX, 91.

(2) L. 2, D. *quod quisque jur.* 2, 2.

(3) ZIMMERN, l. c. § 7 initio. — PUCHTA, *Institut.* I, § 123 in medio. — *Contra* RUDORFF, l. c. § 12 in medio.

des assesseurs moyennant un salaire payé dans le principe par eux-mêmes⁽⁴⁾ et plus tard par l'État⁽⁵⁾; l'empereur leur en avait donné l'exemple en réorganisant son conseil d'État (*auditorium vel consistorium principis*)⁽⁶⁾.

II. *Des officiers des magistrats.* Autour du magistrat se groupaient encore d'une façon accessoire des officiers de toute nature, des scribes (*scribæ, librarii*), des huissiers (*accensi, præcones*), des employés chargés de l'exécution (*lictors, viatores*); pour cette période nous n'avons guère de renseignements à leur égard⁽⁷⁾; tout ce que nous savons, c'est qu'ils formaient des corporations légalement reconnues (*decuriæ*)⁽⁸⁾. Sous l'empire, comme les fonctionnaires impériaux investis d'une juridiction avaient en même temps des attributions de police, ils s'entourèrent de soldats pour assurer le maintien de l'ordre⁽⁹⁾; de ces cohortes militaires sortirent à l'époque classique de nouveaux officiers judiciaires. Ainsi s'explique la circonstance que les noms de ces officiers sont empruntés à la hiérarchie de l'armée : on les appelait *militēs*⁽¹⁰⁾, *cohortales*⁽¹¹⁾, *centuriones*⁽¹²⁾, *corniculariī*⁽¹³⁾, *commentarienses*⁽¹⁴⁾; leur fonction elle-même reçut le nom de *militia*⁽¹⁵⁾, et l'exécution civile celui de *manus militaris*⁽¹⁶⁾. Cette transformation de la cohorte en officiers judiciaires était consommée à la fin du troisième siècle de notre ère; plus tard Constantin ayant séparé les pouvoirs civil et militaire, les officiers des magistrats chargés de

(4) L. 4, D. de off. assess. 1, 22; L. 1, § 8, L. 4, D. de extraord. cognit. 30, 13; L. 19, § 10, D. loc. 19, 2. — (5) SPARTIEN, *Pescennius Niger* 7; LAMPRIE, *Alexandre Sévère* 46.

(6) LAMPRIE, *Alexandre Sévère* 14 i. f., 15 et 16. — (7) ACLE-GELLE, XIII, 42.

(8) L. 3, § 4 initio, D. de bon. poss. 37, 1 (T. I, § 42, I, B, 1^{re}). — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 77, p. 140-136.

(9) L. 1, § 12, D. de off. præf. urbi 1, 12; L. 43, § 1 initio, D. de P. A. 13, 7.

(10) LACTANCE, *de morte pers.* 31; SYMMAQUE, *Epist.* X, 45 et 65; LYDUS, *de magistrat.* III, 30. — (11) C. Théod. de cohortalibus 8, 4. — (12) L. 43, § 1 initio, D. de P. A. 13, 7.

(13) ORELLI, *Inscript.* 3489.

(14) ORELLI, *Inscript.* 3487 et 3206; L. 6 in medio, D. de bon. damnat. 48, 20. — Voyez pour d'autres dénominations L. 6 in medio, D. cit., et L. 4, § 1, D. de off. procons. 1, 16.

(15) L. 48, C. Théod. de hæret. 16, 3; L. 30, § 2, C. de inoffic. testam. 3, 28.

(16) L. 68 initio, D. de R. V. 6, 1; L. 3, pr. i. f., D. ne vis fiat ei qui in poss. 43, 4.

la justice devinrent de simples fonctionnaires civils ; on cessa de les porter sur les contrôles de l'armée (17).

III. *Des avocats*. 1° Sous la république nous rencontrons deux sortes d'avocats des parties. L'un, appelé *patronus, causidicus, orator*, est l'avocat proprement dit : c'est lui qui porte la parole pour la partie (18). L'autre, qui avait reçu le nom d'*advocatus*, est le juriste ; sa mission consistait à éclairer sur la question de droit le plaideur ou l'avocat plaidant qui n'avait pas fait de la science juridique une étude spéciale ; il ne prenait pas une part directe aux débats (19). Après l'avènement de l'empire les jurisconsultes cessèrent de paraître en justice (20), et la qualification d'*advocatus* fut appliquée au défenseur de la cause (21) ; abandonné du juriste, l'avocat fut forcé de se livrer à l'étude du droit ; il devint homme de loi vers la fin du troisième siècle (22).

2° Généralement tout citoyen pouvait intervenir au profit de l'une des parties (*postulare pro aliis*) : il n'y avait exception que pour les femmes (23), les mineurs de dix-sept ans (24), les aveugles (25), les sourds (26) et les infâmes (27) ; encore les causes légères d'infamie ne s'opposaient-elles pas à l'intervention de l'infâme en faveur de ses proches (28).

3° La gratuité de la fonction d'avocat était l'un de ses plus beaux caractères ; le ministère de l'avocat formait une charge d'honneur. La loi Cincia alla jusqu'à lui défendre de recevoir les

(17) BETHMANN-HOLLEWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 78, p. 136-161.

(18) PSEUDO-ASCONIUS, in *Cic. divin.* 4, § 11 ; *Cic., de offic.* II, 14 ; *de orat.* I, 56 ; *Top.* 17.

(19) PSEUDO-ASCONIUS, l. c. ; *Cic., Top.* XVII, 65 ; *QUINTILIEN, Instit. orat.* XII, 3, § 4 ; *JULIUS VICTOR, Ars Rhetor.* 25. — (20) Cf. *QUINTILIEN, Instit. orat.* XII, 3-4.

(21) *TACITE, dial.* 1 ; *L. 1, § 4, D. de postul.* 3, 1 ; *L. 1, § 10, D. de extraord. cognit.* 50, 15.

(22) Arg. de l'édit de Dioclétien de *pretiis rerum venalium*, v^{us} *advocato sive jurisperito*. — (23) *L. 1, § 3 initio, D. de postul.* 3, 1 ; *L. 2, pr., D. de R. J.* 30, 17.

(24) *L. 1, § 3 in medio, D. de postul.* 3, 1. — (25) *L. 1, § 3 i. f., D. eod.*

(26) *L. 1, § 3 i. f., D. eod.*

(27) *L. 1, § 3 initio et 6, D. eod.* ; *L. 4, D. de popul. act.* 47, 23.

(28) *L. 1, § 7-11, L. 2-3, D. de postul.* 3, 1.

gratifications volontaires du client⁽²⁹⁾; sous Auguste un sénatus-consulte renouvela la défense en menaçant de la peine du quadruple l'avocat qui accepterait des honoraires⁽³⁰⁾. Mais ces dispositions furent impuissantes : Claude dut permettre aux avocats de recevoir cent solides (1,500 francs) par affaire⁽³¹⁾. Les avocats restaient toujours sans action pour poursuivre en justice le paiement de leurs honoraires; ce ne fut qu'à la fin de l'époque classique qu'un rescrit d'Alexandre Sévère leur ouvrit une *cognitio extraordinaria* dans la limite de cent solides par affaire⁽³²⁾.

SECTION II. — CHANGEMENTS DANS L'ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS L'EMPIRE; § 588.

I. *Introduction de la procédure à une instance.* A) Dès les premiers siècles de la république, mais surtout dans les premiers temps de l'empire, il y avait des cas où le magistrat connaissait lui-même du fond de l'affaire sans la renvoyer à un juge; les procès ainsi jugés *extra ordinem judiciorum privatorum* furent appelés *judicia extraordinaria*, *cognitiones extraordinariae*, encore *persecutiones*⁽¹⁾. Les causes dont il s'agit concernaient en général des rapports juridiques de création nouvelle qui s'écartaient sensiblement du système de l'ancien droit civil : les soumettre à des juges privés sévèrement astreints à l'application des lois civiles n'était guère possible; on les déféra aux magistrats plus indépendants que les juges⁽²⁾. Tels étaient principalement :

1° Les interdits⁽³⁾ ;

2° Les demandes de restitution en entier⁽⁴⁾ ;

(29) TACITE, *Ann.* XI, § 1. f.; XIII, 42; XV, 20; TITE-LIVE, XXXIV, 4.

(30) DION CASSIUS, LIV, 18.

(31) TACITE, *Ann.* XI, 7; Cf. TACITE, *Ann.* XIII, 5, et SCÉTOXE, *Néron* 17.

(32) L. 1, § 10, D. de *extraord. cognit.* 50, 15.

(1) D. de *extraordinariis cognitionibus* 30, 13; § 8, l. de *interd.* 4, 15; pr. in medio, l. de *success. subl.* 3, 42; L. 178, § 2 i. f., D. de *V. S.* 30, 16.

(2) Cf. L. 7, D. de *lege Corn. de fals.* 48, 10.

(3) GAJUS, IV, 159 initio. — T. II, § 378, I.

(4) L. 3, D. de *in integr. restit.* 4, 1. — T. II, § 378, IV, B.

3° Les réclamations de fidéicommiss⁽⁵⁾ ;

4° Les poursuites en paiement d'honoraires⁽⁶⁾ ;

5° Les plaintes, et surtout les demandes d'aliments, entre parents et enfants ou entre patrons et affranchis⁽⁷⁾, les plaintes entre tuteurs et pupilles⁽⁸⁾, et les réclamations des esclaves contre leurs maîtres⁽⁹⁾ ;

Et 6° L'homologation de certains actes de tutelle ou de curatelle⁽¹⁰⁾.

B) A côté de ces procès que le magistrat était appelé à juger en personne par suite de leur nature propre, des affaires quelconques commencèrent sous l'empire à être examinées de la même manière. L'innovation fut due en grande partie à l'influence des empereurs : l'ancienne procédure avait un caractère éminemment démocratique ; la nouvelle augmentait l'autorité du prince et des magistrats, elle était conforme au système de centralisation poursuivi par les empereurs, et partant ceux-ci devaient tendre par politique à la généraliser. Aussi voyons-nous le prince évoquer devant lui le jugement des affaires civiles, en ne prenant d'autre guide que sa volonté souveraine⁽¹¹⁾ ; les magistrats impériaux ou républicains, à Rome et dans les provinces, suivirent les traces du prince, d'autant plus que leur pouvoir s'en trouvait accru⁽¹²⁾. Cette tendance devint de plus en plus prononcée à mesure que se consolida le despotisme impérial ; quand ce dernier fut complet sous Dioclétien, on devait s'attendre au renversement général de l'ancienne procédure. Il en fut ainsi : Dioclétien érigea en règle absolue le jugement du procès par le magistrat⁽¹³⁾ ; il est vrai qu'il fut encore permis au magistrat de charger un juge de l'affaire dans le cas d'un surcroît de besogne⁽¹⁴⁾,

(5) GAIUS, II, 278. — T. II, § 330, I, 5°.

(6) L. I, PR., § 1-3, 6, 8-10, L. 4, D. de *extraord. cognit.* 50, 13. — T. II, § 252, I, 1°.

(7) ARG. L. 3, D. de *agnosc. et al. lib.* 23, 3 (ULPIANUS *libro II. de Officio Consulis*). — T. II, § 299, I. — (8) L. 3-6, D. *ubi pup. educ. deb.* 27, 2. — T. I, § 52.

(9) § 2, I. de *iis, qui sui, v. al. jur. sunt* I, 8. — T. II, § 301^{bis}, II, A, 1°.

(10) D. de *reb. eor. qui sub tut.* 27, 9 ; C. de *præd.* 3, 71 ; L. 23, L. 27, C. de *A. T.* 3, 57 (T. I, § 33, I). — Sur les *extraordinariæ cognitiones* voyez KELLER, I. c. § 74-81.

(11) SÉVÉTORE, Octave 33, Claude 13, Néron 13, et Domitien 8.

(12) L. 8-9, D. de *off. præs.* 1, 18.

(13) L. 2, C. de *ped. jud.* 3, 3 ; § 8, I. de *interd.* 4, 13 ; pr. in *medio*, I. de *success. subl.* 3, 12. — (14) L. 2 in *medio*, C. de *ped. jud.* 3, 3.

et en dehors de cette circonstance, si la cause ne présentait qu'une importance secondaire⁽¹⁵⁾; mais ce juge de renvoi était un délégué du magistrat, il était investi d'une manière complète du jugement du procès; il n'était pas limité par une formule comme l'ancien juge privé⁽¹⁶⁾. Le principe nouveau proclamé par Dioclétien rendait matériellement impossible la tâche des gouverneurs de province et de leurs questeurs; ceux-ci ne pouvaient songer à rendre la justice à toute leur province, bien souvent d'une étendue immense; ils ne pouvaient juger par eux-mêmes qu'une infime partie des affaires civiles. On remédia à l'inconvénient en attribuant une compétence inférieure aux défenseurs des villes de province⁽¹⁷⁾. La procédure nouvelle ne fut pas non plus étrangère à la réorganisation provinciale de Constantin; l'étendue des provinces fut considérablement restreinte, et de plus les gouverneurs furent déchargés de leurs attributions militaires que l'on confia à des titulaires distincts.

II. *Formation de plusieurs degrés d'instance.* L'appel dut également son origine aux empereurs: ils le déduisirent de la faculté d'intercéder attachée à leur puissance tribunitienne, en s'arrogeant le droit de réformer les sentences des autres magistrats par la voie de l'intercession, alors que celle-ci ne permettait que de s'opposer à l'exécution de la sentence⁽¹⁸⁾. Le prince ne pouvant suffire à lui seul à sa juridiction d'appel, la déféra pour la capitale au préfet de la ville et pour chaque province à un consulaire établi à Rome⁽¹⁹⁾, en se réservant le droit de juger en dernier ressort⁽²⁰⁾. On admit encore l'appel des jugements rendus par les magistrats municipaux, en Italie et en province, devant le gouverneur de la province

(15) L. 3, C. de *ped. jud.* 3, 5.

(16) PUCHTA, *Institut.* II, § 182 i. f. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 140, p. 117-118 et 127-128. — (17) L. 1, C. de *defens. civit.* 1, 33. — *Infra* § 389, I, B.

(18) SÉTOUR, *Octave* 55; DION CASSIUS, LIX, 8 et 18; L. 1, § 1 i. f., D. a *quib. appell. non licet* 49, 2. — T. I, § 3, I, C, 1^o, b.

(19) SÉTOUR, *Octave* 53; Cf. DION CASSIUS, LII, 21 et 53.

(20) L. 58, D. de *minor.* 4, 4, *vlt. victa tam apud prætorem, quam apud præfectum urbi provocaverat (ad principem).*

ou le chef du district d'Italie⁽²¹⁾. Enfin à l'époque de Marc-Aurèle nous rencontrons comme un usage constant l'appel devant le magistrat qui avait nommé le juge de la cause⁽²²⁾. Sous le bas-empire, cette hiérarchie éprouva des modifications notables dans les provinces et dans la ville de Rome à laquelle se joignait maintenant la seconde capitale de Constantinople.

1^{re} Dans les provinces les anciens juges de renvoi sont remplacés par les juges pédanès ; à côté des magistrats municipaux ont apparu les défenseurs des villes de province, et au-dessus des gouverneurs sont venus se placer les préfets du prétoire avec leurs vicaires⁽²³⁾.

2^{re} Dans les deux capitales, Rome et Constantinople, les pouvoirs judiciaires des anciens préteurs et édiles curules ont passé au préfet de la ville ; ce fonctionnaire est assisté, au moins à Rome, du vicaire urbain du préfet du prétoire pour l'Italie (*vicarius urbis Romæ*), du *præfectus annonæ* et du *præfectus vigilum*⁽²⁴⁾.

SECTION III. — ORGANISATION JUDICIAIRE DU DROIT NOUVEAU.

§ 389. Principes généraux.

Dans le système du bas-empire il existe trois degrés principaux de juridiction, une juridiction inférieure, moyenne et supérieure. Dans la juridiction inférieure les magistrats s'appellent *judices minores*, et plus souvent encore, d'après la distinction par rangs de cette époque, *judices clarissimi* ; les juges ordinaires ou réguliers en première instance, ceux auxquels appartient en principe la connaissance de toutes les affaires civiles, prennent le nom de *judices ordinarii* ; tels sont surtout les gouverneurs de province. Dans la

(21) L. 21, pr. et § 1, D. de *appell.* 49, 1 ; Cf. SPARTIEN, *Adrien* 22 ; CAPITOLIN, *Antonin le Pieux* 2.

(22) L. 1, § 3 i. f., D. de *appell.* 49, 1 ; L. 1, pr., L. 3, D. *quis a quo appell.* 49, 3. — Sur un appel particulier, fondé sur la nullité de la sentence et nommé *revocatio in duplum* (PAUL, V, 3^e, § 7), voyez PUCHTA, *Institut.* II, § 181 in medio.

(23) Voyez supra I i. f. du présent paragraphe et infra § 389, I, A, B et D.

(24) Infra § 389, II.

juridiction moyenne nous rencontrons les *judices medii vel spectabiles*; à cette catégorie appartiennent les vicaires diocésains et le vicaire de la ville de Rome. Enfin la juridiction supérieure comprend les *judices majores vel illustres*; ce sont principalement les préfets du prétoire et dans les capitales les préfets de la ville. Les deux instances supérieures ont ce caractère commun que le magistrat y rend la justice à la place de l'empereur (*vice sacra*); de là les expressions de *judices sacri* et de *sacra auditoria* pour désigner ces juges et tribunaux suprêmes⁽¹⁾.

I. DES DIVERSES PERSONNES CHARGÉES D'UNE JURIDICTION DANS LES PROVINCES.

A) *Des juges pédanés* (C. de *pedaneis judicibus* 5, 5).

1° Le magistrat peut déléguer sa juridiction à un juge pédané dans les causes d'une faible importance ou lorsque ses occupations ne lui permettent pas de siéger en personne⁽²⁾; c'est pourquoi la nomination d'un juge pédané était usuelle dans les contestations qui exigeaient une enquête sur les lieux, comme dans l'action en bornage⁽³⁾. Les juges pédanés étant de simples délégués du magistrat ne forment pas un degré propre de juridiction; le jugement est censé rendu par le délégant lui-même, et l'appel doit être porté devant le tribunal supérieur⁽⁴⁾.

2° Les hypothèses varient à l'infini sur la question de savoir quelles personnes étaient appelées aux fonctions de juges pédanés. L'opinion la plus accréditée de nos jours admet à ces fonctions les avocats immatriculés auprès de chaque tribunal⁽⁵⁾; nous possédons en effet une constitution de Justinien qui organise sur ce pied le tribunal de Constantinople : l'empereur y nomme douze juges pédanés parmi les avocats de Constantinople, avec un traitement

(1) Ici comme à beaucoup d'autres occasions nous devons citer BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 143, p. 176-181.

(2) L. 5, L. 2 initio, C. h. t., ebn. avec L. 8 i. f., L. 9 i. f., D. de off. præs. 1, 18; Cf. L. un. i. f., C. ne liceat tertio provoc. 7, 70.

(3) L. 3, L. 5, C. Théod. fin. regund. 2, 26. — (4) § 584 i. f.

(5) WALTER, l. c. n° 702 i. f. — RUDORFF, l. c. § 11 i. f. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 140, p. 120-123.

annuel fixe et des émoluments également déterminés; c'était à ces juges que les magistrats de la ville devaient faire le cas échéant le renvoi de l'affaire⁽⁶⁾.

3° A l'instar de ce qui avait lieu au temps de la république⁽⁷⁾, les plaideurs sont libres de convenir d'un juge⁽⁸⁾, et par voie de conséquence, de récuser le juge présenté par le magistrat pour lui substituer un arbitre de leur choix⁽⁹⁾; chaque partie a même le droit individuel de récuser le juge donné par le magistrat et d'en demander un autre⁽¹⁰⁾. La personne désignée a comme anciennement l'obligation d'accepter sa mission⁽¹¹⁾, si elle n'est pas dans un cas d'excuse légale⁽¹²⁾; le juge continue aussi d'être assermenté⁽¹³⁾, et son pouvoir ne s'étend pas à l'exécution de la sentence⁽¹⁴⁾; mais au point de vue du jugement du procès, il est assimilé à tous égards au magistrat et investi des mêmes droits⁽¹⁵⁾.

B) *Des magistrats municipaux et des défenseurs des cités de province* (C. de defensoribus civitatum 1, 35, et de magistratibus municipalibus 1, 56).

1° Les magistrats municipaux et les défenseurs sont compétents au civil jusqu'à concurrence de trois cents solidus (4,500 fr.)⁽¹⁶⁾. L'importance du litige se détermine d'après la valeur de la demande⁽¹⁷⁾;

(6) Nov. 82. — BETHMANN-HOLLWEG, l. c. p. 123-124. — Pour d'autres conjectures, voyez ZIMMERN, l. c. § 18 i. f., et BONJEAN, l. c. I, § 112, p. 320-325.

(7) T. II, § 387, IV, D initio.

(8) L. 14, pr., C. de jud. 3, 1, *vis ex partium consensu electi*; L. 80, L. 47, D. de jud. 3, 1. — (9) L. 16, L. 18, C. eod. 3, 1; L. 14, pr., C. eod., *vis qui arbitrium peragunt*.

(10) L. 16 in medio, L. 18, C. eod.

(11) L. 78, D. de jud. 3, 1; L. 18, § 14 chn. avec le pr. et le § 1, D. de muner. 30, 4; L. 15, § 2, D. de vacat. 50, 3. — (12) T. II, § 387, IV, E.

(13) L. 14, pr., C. de jud. 3, 1. — (14) L. 15, pr., cf. L. 33, D. de re judic. 42, 1.

(15) BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 140, p. 127-129.

(16) Nov. 13, c. 3-4. — Avant Justinien le taux était de cinquante solidus pour les défenseurs (L. 1, C. h. t., 1, 33), et de cent cinquante solidus (15,000 sesterces) pour les magistrats municipaux de la Gaule Cisalpine en vertu de la loi Rubria (T. II, § 386, 5°); nous en ignorons le montant pour les magistrats municipaux du reste de l'empire. Justinien éleva la compétence des défenseurs jusqu'à trois cents solidus, et il semble nécessaire d'admettre le même taux au moins pour les magistrats municipaux de la Gaule Cisalpine, ces magistrats ne pouvant avoir une juridiction moins étendue que les défenseurs. — (17) L. 19, § 1, L. 11, § 2, D. de jurid. 2, 1.

si la demande comprend plusieurs objets distincts, on ne considère que le chef le plus important peu importe que, joint aux autres, il excède la compétence du magistrat; car les chefs qui auraient pu être soumis séparément au magistrat, doivent aussi pouvoir l'être avec d'autres⁽¹⁸⁾. Une seconde restriction importante à la juridiction des magistrats municipaux et des défenseurs, consistait dans le défaut de l'*imperium*; de nombreuses affaires se trouvaient par là soustraites à leur compétence⁽¹⁹⁾.

2° Les magistrats municipaux étaient nommés pour le terme d'un an par les décurions comme représentants de la bourgeoisie; ils étaient décurions eux-mêmes⁽²⁰⁾; leur juridiction s'étendait sur la ville et sur son territoire avec les villages qu'il comprenait⁽²¹⁾. Les défenseurs étaient élus par la population entière pour le laps de deux ans; ils étaient plébéiens⁽²²⁾.

C) *Des gouverneurs de province* (D. *de officio proconsulis et legati* 1, 16, et *de officio praesidis* 1, 18; C. *de officio proconsulis et legati* 1, 53, et *de officio rectoris provinciae* 1, 40). Le gouverneur forme dans sa province le premier degré proprement dit de juridiction: à lui reviennent en principe toutes les affaires civiles de la province; les juges pédanés n'ont qu'une juridiction d'emprunt, et les magistrats municipaux ou défenseurs de cités, une juridiction inférieure; la compétence du gouverneur n'est limitée que par le territoire de sa province et aux personnes qui y ont leur domicile⁽²³⁾. Pour les affaires minimes qui ne sont pas de sa compétence en première instance, il siège en degré d'appel⁽²⁴⁾.

D) *Des préfets du prétoire et de leurs vicaires* (D. 1, 11, et C. 1, 26, *de officio praefecti praetorio*; C. *de officio vicarii* 1, 58). Les préfets du prétoire sont les lieutenants de l'empereur dans chacune des

(18) L. 11, pr., D. *eod.*

(19) L. 26, D. *ad munic.* 50, 1; L. 1, L. 4, § 3-4, D. *de damno inf.* 59, 2. — T. II, § 384, II, A. — (20) L. 7, § 2, D. *de decur.* 50, 2.

(21) L. 50, D. *ad munic.* 50, 1; L. 259, § 8, D. *de V. S.* 50, 16.

(22) Nov. 13, c. 1; Cf. L. 4 initio, C. *h. t.*, 1, 53. — L. 2, C. *eod.*

(23) L. 3 initio, D. *h. t.*, 1, 18; L. 2, C. *de interd.* 8, 1; L. 190, D. *de V. S.* 50, 16.

(24) L. 1, L. 3, C. *Théod. de repar. appell.* 11, 31; Nov. 13, c. 5.

quatre grandes préfectures de l'empire romain; les vicaires représentent de leur côté les préfets du prétoire dans les divers diocèses des préfectures. Les préfets du prétoire exercent dans leur préfecture respective la juridiction d'appel de l'empereur⁽²⁵⁾; les vicaires les remplacent en cas d'absence⁽²⁶⁾.

E) *Du préfet du prétoire de l'Orient et du questeur du palais.* Ces deux hauts fonctionnaires forment pour les provinces le tribunal suprême de l'empire; ils siègent en commission⁽²⁷⁾. Mais les sentences des préfets du prétoire sont inattaquables par la voie de l'appel⁽²⁸⁾.

II. *Des personnes chargées d'une juridiction dans les villes de Rome et de Constantinople.* La hiérarchie judiciaire dans les capitales comprend les juges pédanès, puis, mais seulement à Rome, le vicaire de la ville de Rome, le *præfectus annonæ* et le *præfectus vigilum*, en troisième lieu le préfet de la ville, et en dernier ressort l'empereur, le préfet du prétoire de l'Orient et le questeur du palais.

1° Nous n'avons rien à ajouter aux explications précédentes sur les juges pédanès⁽²⁹⁾.

2° Le vicaire de la ville de Rome est l'un des lieutenants du préfet du prétoire pour l'Italie; il exerce pleinement la juridiction civile dans Rome et dans la banlieue romaine dans un rayon de quarante milles (12 lieues métriques)⁽³⁰⁾, à défaut du préfet de la ville⁽³¹⁾. Le *præfectus annonæ* et le *præfectus vigilum* n'ont qu'une compétence spéciale⁽³²⁾.

5° Le préfet de la ville est le juge proprement dit en première instance à Rome ou à Constantinople⁽³³⁾, et à l'extérieur dans un

(25) L. 16, C. Théod. de appell. 11, 50; L. 1, C. h. t., 1, 58.

(26) Arg. L. 7, C. Théod. de offic. rect. prov. 1, 16, v^o *si magis fuerit in vicino*; L. 27, C. Théod. de appell. 11, 50. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 152, p. 54-57. — (27) Cf. L. 52, C. de appell. 7, 62; Nov. 20, 24-31, et 126, præf.

(28) L. un., § 1, D. de offic. præf. præf. 1, 11; L. un., C. de sent. præf. præf. 7, 42; Nov. 82, c. 12, et Nov. 119, c. 3.

(29) Voyez toutefois la Nov. 82 qui s'applique spécialement aux juges pédanès de Constantinople. — (30) CASSIDORE, *Variar. lib.* VI, 13.

(31) L. 56, C. Théod. de appell. 11, 50; Cf. L. un., § 2, C. Théod. de his, qui ven. ætat. 2, 17. — (32) BETHMANN-HOLLWEG, l. c. § 153, p. 64-65.

(33) L. 4, C. de offic. præf. urb. 1, 28.

rayon de cent milles (50 lieues métriques)⁽⁵⁴⁾. Il a de plus une juridiction d'appel, mais pas d'une manière générale vis-à-vis du vicaire de la ville de Rome⁽⁵⁵⁾.

4° Les juges suprêmes pour les capitales sont le prince ou ses délégués et la commission du préfet du prétoire de l'Orient et du questeur du palais. Le prince connaît en personne, assisté de son conseil d'État (*consistorium principis*), des appels du préfet de la ville si le litige dépasse 20 livres d'or (environ 22,000 francs); au-dessous de cette somme, il délègue soit deux juges ayant rang d'*illustres* et présidés par le questeur du palais, soit un juge unique du même rang, selon que le procès vaut plus ou moins de 10 livres d'or (11,000 francs)⁽⁵⁶⁾. Les appels du vicaire de la ville de Rome sont déferés à la commission du préfet du prétoire de l'Orient et du questeur du palais⁽⁵⁷⁾.

III. DES ASSESSEURS DES MAGISTRATS ET DES JUGES (D. *de officio assessorum* 1, 22; C. *de assessoribus* 1, 51). 1° Les assesseurs (*assessores, consiliarii, comites, juris studiosi*) se rencontrent auprès de tous les tribunaux; en général il n'y en a qu'un seul⁽⁵⁸⁾. D'habitude l'assesseur était un jeune homme qui venait d'achever ses études juridiques⁽⁵⁹⁾ et qui s'initiait à la pratique du droit sous la direction du magistrat. Il était fonctionnaire public⁽⁶⁰⁾ responsable⁽⁶¹⁾ et payé par l'État; sa rétribution variait de 12 à 72 solides (180 à 1080 francs)⁽⁶²⁾.

2° L'assesseur était l'aide du magistrat; il siégeait à côté de lui et l'éclairait par ses conseils, mais son avis ne liait pas le magistrat⁽⁶³⁾.

IV. DES OFFICIERS DES MAGISTRATS (C. *de diversis officiis et apparitoribus judicum et probatoriis eorum* 12, 60; voyez encore C.

(54) L. 1, § 4, D. *cod.* 1, 12; CASSIDORE, *Variar. lib.* VI, 4.

(55) L. 2-5, C. Théod. *de offic. præf. urb.* 1, 6. — (56) L. 57, C. J. *de appell.* 7, 62.

(57) L. 52, C. J. *cod.*; Nov. 20, 24-31, et 126, *præf.*

(58) BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 141, p. 150-151.

(59) Arg. L. 1, D. *h. t.*; L. 4, D. *de extraord. cognit.* 50, 15.

(60) Arg. L. 57, L. 58, *pr.*, D. *ex quib. caus. moj.* 4, 6.

(61) L. 2, D. *quod quisque jur.* 2, 2. — (62) Nov. 17, c. 5, § 2; Nov. 24.

(63) BETHMANN-HOLLWEG, l. c. § 141, p. 152-153.

livre 12, titres 50 à 59 et 61-62). Les officiers des magistrats (*officiales, apparitores, adjutores, milites, cohortales*) sont nommés par l'empereur⁽⁴⁴⁾ et reçoivent un salaire du trésor public (*annona, capitis*)⁽⁴⁵⁾; mais leur principale ressource consistait dans les épices que devaient leur payer les parties; Lydus raconte avoir gagné honnêtement en un an la somme de mille solidus (15,000 francs) comme simple scribe auxiliaire (*exceptor*) dans les bureaux du préfet du prétoire de l'Orient⁽⁴⁶⁾. La loi admettait sous certaines conditions⁽⁴⁷⁾ l'aliénation de ces emplois⁽⁴⁸⁾. Le nombre des officiers était très-élevé : les préfets du prétoire et leurs vicaires diocésains en comptaient chacun plusieurs centaines. Ils se répartissaient en bureaux (*scrinia*) composés d'un certain nombre d'employés (*adjutores*) sous la direction d'un chef. A côté de ces bureaux proprement dits, existaient des sortes d'annexes appelées *scholæ*; elles comprenaient, les unes des surnuméraires lettrés parmi lesquels se recrutait le bureau (*exceptores, chartularii*) et qui avaient aussi un chef (*primicerius*), les autres des employés illettrés (*ducenarii, centenarii*) qui fournissaient au directeur du bureau des officiers exécutifs⁽⁴⁹⁾. Parmi les officiers principaux, chefs de bureaux, il faut citer le *princeps*, directeur de l'office entier⁽⁵⁰⁾, le *cornicularius*, qui avait la signature de tous les actes judiciaires⁽⁵¹⁾, l'*adjutor*, chargé de l'expédition des mandats exécutoires⁽⁵²⁾, enfin le *commentariensis*⁽⁵³⁾ et l'*ab actis*⁽⁵⁴⁾, qui assistaient respectivement le magistrat au criminel et au civil, chacun ayant sous ses ordres un greffier (*instrumentarius*)⁽⁵⁵⁾ et des huissiers (*nomenclatores*)⁽⁵⁶⁾.

(44) L. 2, L. 6, C. de cohort. 12, 58.

(45) L. 1, § 8, L. 2, § 19, C. de offic. præf. præf. Afr. 1, 27.

(46) LYDUS, de magistrat. III, 27 et 66; II, 18.

(47) Arg. L. 10 i. f., C. de cohort. 12, 58.

(48) Arg. L. 50, § 2, C. de inoff. testam. 5, 28.

(49) LYDUS, III, 7 et 21. — (50) L. 6, C. Théod. de princip. 6, 28; Nov. Théod. 71, § 1.

(51) LYDUS, III, 12 et 24. — (52) LYDUS, III, 11-12; L. 3, C. h. l.

(53) LYDUS, III, 4, 8 et 18; L. 4-5, C. de custod. reor. 9, 4. — (54) LYDUS, III, 20.

(55) LYDUS, III, 19-20.

(56) LYDUS, III, 8 et 20. — Sur l'ensemble de cette matière, voyez le magnifique exposé de BETHMANN-HOLLWEG, l. c. § 142, p. 155-161; cf. BONJEAN, l. c. I, § 121-124.

V. DES AVOCATS DES PLAIDEURS (D. de *postulando* 3, 1 ; C. *eodem* 2, 6 (h. t.¹), de *advocatis diversorum judiciorum* 2, 7 (h. t.²), et de *advocatis diversorum judicum* 2, 8 (h. t.³).

1° Les avocats (*advocati*, *patroni*, *causidici*, ou à cause de leur vêtement officiel *togati*) forment des collèges ou corporations (57). Chaque tribunal supérieur possède un de ces collèges avec un nombre fixe d'avocats inscrits (*statuti*) (58) : le tribunal d'un préfet du prétoire comptait 150 avocats (59), celui du vicaire de l'Orient 40 (60), celui d'un gouverneur de province 50 (61), et celui d'un préfet de la ville 80 (62); auprès des tribunaux inférieurs on trouve des avocats surnuméraires (*supernumerarii*), qui passaient plus tard parmi les avocats en titre (63). Le plus ancien avocat d'un collège en était le président (*primas*) (64) et en même temps avoât du fise (65). Les collèges des avocats immatriculés jouissaient de plusieurs privilèges (66).

2° L'admission à la fonction d'avocat exige un nombre d'années d'études juridiques légalement déterminé (67), et une attestation jurée des professeurs du récipiendaire au sujet de ses connaissances (68). De plus l'on devait jouir de la capacité personnelle : étaient incapables les femmes, les mineurs de dix-sept ans, les aveugles, les sourds et les infâmes, déjà en vertu du droit prétorien et dans le même sens (69); nous ne parlerons pas de quelques incapacités du droit nouveau (70). L'autorité locale examinait si le récipiendaire réunissait les conditions requises (71), et le magistrat auprès duquel il voulait pratiquer, prononçait son admission (72).

3° L'avocat a droit à des honoraires (73) jusqu'à concurrence de

(57) L. un., A, C. de *inc. pers.* 6, 48. — (58) L. 1-2, C. Théod. de *postul.* 2, 10.

(59) L. 8, L. 11, L. 17, pr., C. h. t.², 2, 7. — (60) L. 3, pr., C. h. t.², 2, 8.

(61) L. 3, pr., C. *eod.* — (62) L. 7, pr., C. *eod.*

(63) L. 11, § 1-2, L. 13, C. h. t.², 2, 7. — (64) L. 7, § 1, L. 8, C. h. t.², 2, 8.

(65) Cf. L. 10, C. h. t.², 2, 7; L. 6, pr., L. 7, § 4, C. h. t.², 2, 8.

(66) L. 3, L. 6, C. h. t.², 2, 7; L. 7, § 6, C. h. t.², 2, 8.

(67) L. 3, § 4, L. 3, § 4, C. *eod.* — (68) L. 11, § 1 i. f., C. h. t.², 2, 7.

(69) T. II, § 587^{bis}, III, 2^e, et notes 25-28.

(70) L. 11, § 1 in medio, L. 17, pr. i. f., C. h. t.², 2, 8; L. 13, C. de *episc. aud.* 1, 4.

(71) L. 11, § 1, C. h. t.², 2, 8. — (72) L. 11, § 1, L. 17, pr., C. *eod.*

(73) L. 1, § 10, D. de *extraord. cognit.* 30, 13; L. 13, § 9, C. de *jud.* 3, 1.

100 solides (1,500 fr.) par cause⁽⁷⁴⁾. On prohibe comme contraires à la dignité du barreau les achats de procès, c'est-à-dire les conventions par lesquelles l'avocat se fait céder des droits litigieux moyennant un certain prix⁽⁷⁵⁾, ensuite les conventions par lesquelles il stipule pour le cas de réussite une quote-part des bénéfices de l'action (*pactum de quota litis, palmarium*)⁽⁷⁶⁾. Les avocats sont soumis à la juridiction disciplinaire du magistrat auquel ils sont attachés⁽⁷⁷⁾; les peines qui peuvent leur être appliquées, sont l'amende⁽⁷⁸⁾, la suspension⁽⁷⁹⁾ et la destitution⁽⁸⁰⁾.

VI. DES NOTAIRES (*C. de tabulariis, scribis, logographis et censuilibus* 10, 69). L'on doit soigneusement distinguer en cette matière les tabellions et les tabulaires.

A) Les tabellions (*tabelliones*⁽⁸¹⁾, *notarii*⁽⁸²⁾, *forenses*⁽⁸³⁾), mentionnés pour la première fois à la fin de l'époque classique⁽⁸⁴⁾, se constituaient avec l'intervention du magistrat⁽⁸⁵⁾; celui-ci les surveillait dans l'exercice de leurs fonctions et pouvait les destituer⁽⁸⁶⁾. Ils siégeaient sur le marché public⁽⁸⁷⁾, avec un ou plusieurs aides⁽⁸⁸⁾, qui leur servaient sans doute aussi de témoins. Dans la ville de Constantinople Justinien leur imposa l'obligation d'employer un papier timbré, afin de pouvoir reconnaître l'authenticité de leurs actes⁽⁸⁹⁾. Le tabellion devait rédiger l'acte en personne⁽⁹⁰⁾ et en présence de trois témoins⁽⁹¹⁾, voire même de cinq si les parties ne pou-

(74) L. 1, § 12 i. f., D. de *extraord. cognit.* 30, 13; L. 3, L. 3, C. h. t.¹, 2, 6; L. 2, C. de *lucr. advoc.* 12, 62.

(75) QUINTILIEN, *Instit. orat.* XII, 7, § 11; L. 9, § 2 in medio, D. de *offic. procons.* 1, 16; L. 13, C. de *procur.* 2, 13; L. 20, pr., C. *mand.* 4, 33.

(76) L. 33, D. de *pact.* 2, 14; L. 6, § 7, L. 7, D. *mand.* 17, 4; L. 1, § 12, D. de *extraord. cognit.* 30, 13; L. 3, cf. L. 3, C. h. t.¹, 2, 6.

(77) L. 3, § 6, C. h. t.², 2, 8; L. 18, C. h. t.², 2, 7.

(78) L. 18, C. cit.; L. 13, § 9, C. de *jud.* 5, 1. — (79) L. 9, pr., D. de *pæn.* 48, 19.

(80) L. 9, pr., D. cit.; L. 6, § 1, L. 8, D. h. t.; L. 1, L. 3, C. h. t.¹, 2, 6.

(81) L. 9, § 4, D. de *pæn.* 48, 19. — (82) L. 11 initio, C. *qui pot.* 8, 18.

(83) MARINI, *Pap. dipl.* n° 74, p. 112-114. — (84) L. 9, § 4, D. de *pæn.* 48, 19.

(85) Nov. 44, c. 1, § 4. — (86) L. 9, § 4-7, D. de *pæn.* 48, 19; Nov. 44, c. 1, § 2.

(87) Nov. 44, c. 1, § 2. — (88) Arg. Nov. 44, c. 1, pr. — (89) Nov. 44, c. 2.

(90) Nov. 44, c. 1, pr.; Cf. Nov. 73, c. 7, § 1. — (91) Nov. 73, c. 1.

vaient signer⁽⁹²⁾; l'acte devait commencer par la date, écrite en toutes lettres⁽⁹³⁾, et finir par la signature du tabellion et des témoins⁽⁹⁴⁾. Les tabellions dressaient des actes de toute nature, des contrats⁽⁹⁵⁾, des testaments⁽⁹⁶⁾ et des actes judiciaires⁽⁹⁷⁾; ils faisaient successivement un brouillon (*scheda*) et l'acte définitif (*mundum*)⁽⁹⁸⁾.

B) Les tabulaires (*tabularii, personæ publicæ*)⁽⁹⁹⁾, qui paraissent avoir été institués par Marc-Aurèle⁽¹⁰⁰⁾, étaient des magistrats municipaux d'un ordre subalterne⁽¹⁰¹⁾. Originellement ils étaient chargés de la tenue des registres de naissance⁽¹⁰²⁾; plus tard nous les rencontrons non-seulement comme dépositaires d'actes privés⁽¹⁰³⁾, mais aussi comme rédacteurs de tels actes⁽¹⁰⁴⁾. Leur intervention était même légalement requise :

1° Pour la confection d'inventaires publics⁽¹⁰⁵⁾.

2° Dans l'adrogation des impubères pour recevoir la caution de l'adrogeant⁽¹⁰⁶⁾.

3° Pour interrompre la prescription au moyen d'une protestation, à défaut des autres personnes compétentes⁽¹⁰⁷⁾.

4° Pour suppléer à la signature d'une partie contractante incapable de signer⁽¹⁰⁸⁾ ou d'un testateur aveugle⁽¹⁰⁹⁾; par suite de cette disposition, des actes contiennent à la fois la signature d'un tabellion et celle d'un tabulaire⁽¹¹⁰⁾.

(92) Nov. 73, c. 8 initio. — (93) Nov. 47. — (94) Nov. 73, c. 3.

(95) L. 17 initio, C. de fide instrum. 4, 21. — (96) L. 24, C. de testam. 6, 23.

(97) L. 9, § 3, v° libellos, cbn. avec § 4, D. de pæn. 48, 19; L. 1, § 11 i. f., D. de extraord. cognit. 30, 13; L. 2 initio, C. de err. advoc. 2, 10; L. 39, § 1, C. de appell. 7, 62.

(98) L. 17 in medio, C. de fide instrum. 4, 21.

(99) § 3 initio, I. de adopt. 1, 11; L. 32, pr. initio, C. de episc. 1, 3; L. 4, § 1 initio, C. de rec. arb. 2, 56. — (100) CAPITOLIN, Marc-Aurèle 9. — (101) L. 18, § 10, D. de muner. 30, 4.

(102) CAPITOLIN, Marc-Aurèle 9. — (103) L. 3, § 3, D. de tab. exhib. 43, 5.

(104) L. 27 initio, C. de fidejuss. 8, 41; L. un., § 1 i. f., C. de lat. libert. toll. 7, 6; Cf. L. 7, § 4, D. si mens. fals. mod. dix. 11, 6; L. 1, § 6, D. de extraord. cognit. 30, 13.

(105) L. 22, § 2 in medio, C. de jure delib. 6, 30. — T. II, § 343, II, A, 1°.

(106) § 3 initio, I. de adopt. 1, 11. — T. II, § 307, I, B, 2°.

(107) L. 2, § 1 in medio, C. de ann. except. 7, 40 (T. II, § 579, II, B, 3°, b). — Voyez encore L. 3 in medio, C. de jure emphyteut. 4, 66.

(108) L. 22, § 2 i. f., C. de jure delib. 6, 30; Nov. 73, c. 8 initio; Nov. 44, præf. initio.

(109) L. 8, pr. et § 1, C. qui testam. fac. poss. 6, 22 (T. II, § 530, III, E).

(110) Nov. 44, præf. initio; Cf. L. 11, C. qui pot. 8, 18.

§ 389^{bis}. *De la juridiction administrative, militaire et ecclésiastique.*

I. *De la juridiction administrative* (D. *de officio procuratoris Cæsaris vel rationalis* 1, 19; C. *ubi causæ fiscales vel divinæ domus hominumque ejus agantur* 3, 26). Nous avons déjà vu ailleurs qu'après l'avènement de l'empire, il avait été institué, dans les provinces de l'empereur, des procurateurs impériaux avec une compétence fiscale⁽¹⁾. Sous le bas-empire, ces procurateurs ont pris le nom de *rationales*⁽²⁾; on les rencontre sinon dans chaque province, au moins dans chaque diocèse⁽³⁾, ainsi que dans la ville de Rome⁽⁴⁾. Il y en a de deux espèces, l'un pour l'État (*rationalis sacri ærarii vel sacrarum largitionum*), l'autre pour l'empereur (*rationalis rei privatæ*)⁽⁵⁾. Au-dessus d'eux se placent respectivement le ministre des finances de l'État (*comes sacrarum largitionum*) et le ministre du trésor privé (*comes rei privatæ*)⁽⁶⁾. Tels sont aussi les deux degrés de juridiction en matière fiscale⁽⁶⁾. L'avocat du fisc représente ce dernier⁽⁷⁾.

II. *De la juridiction militaire* (C. *de officio magistrî militum* 1, 29 (*h. t.*¹), et *de officio militarium judicum* 1, 46 (*h. t.*²).

1° Sont soumis à la juridiction militaire les délits militaires⁽⁸⁾ ou de droit commun⁽⁹⁾ dont les soldats se sont rendus coupables, et les procès civils où ils sont défendeurs; ces règles sont en harmonie avec le principe *actor sequitur forum rei*⁽¹⁰⁾.

(1) T. II, § 386 i. f. — (2) Rubr. D. *h. t.*

(3) Rubr. L. un., C. *de his, qui se defer.* 10, 13; L. un. in medio, C. *de ann. et cap.* 1, 32. — (4) L. 14, C. Théod. *de appell.* 11, 30.

(5) *Notitia dignit., sect.* 10, 11, 42 et 43.

(6) L. 3, C. *h. t.* — L. 21, L. 28, L. 43, C. Théod. *de appell.* 11, 30; Cf. L. 41, L. 49, L. 68, *cod.* — (7) L. 4, C. J. *de advoc. fisci* 2, 9; SYMMAQUE, *Epist.* X, 62.

(8) ZOSIME, II, 33.

(9) L. 2 i. f., C. Théod. *de jurisd.* 2, 1; L. 18, *pr.*, C. J. *de re milit.* 12, 36.

(10) L. 6, C. J. *de jurisd.* 3, 13; L. 18, *pr.*, C. J. *de re milit.* 12, 36; *Sanctio pragmat. pro petitione Vigili* c. 25; Arg. L. 7, D. *de jud.* 3, 1. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 133, p. 84-85, et note 31. — PUCHTA, *Institut.* I, § 123. — RUDORFF, l. c. § 11 in medio. — Cf. DE SAVIGNY, *Geschichte des R. R. im Mittelalter* I, § 23, p. 73, et BONJEAN, l. c. I, § 116.

2° La juridiction militaire est exercée en première instance par les *duces* ou *comites*, commandants militaires des provinces ou sur les frontières, et par les *magistri militum*, espèce de ministres de la guerre établis près de la Cour impériale ou dans les provinces ; la compétence de chacun de ces chefs militaires se détermine par la garnison du soldat qu'il s'agit de poursuivre⁽¹¹⁾. En appel siègent en commission le *magister officiorum* et le questeur du palais⁽¹²⁾.

III. *De la juridiction ecclésiastique* (C. de *episcopis et clericis* 1,3 (h. t.¹), et de *episcopali audientia* 1,4 (h. t.²). 1° La juridiction ecclésiastique est reconnue par la loi en matière civile, toutes les fois que le défendeur est un clerc de la religion catholique⁽¹³⁾.

2° Le juge ecclésiastique est l'évêque ou son délégué⁽¹⁴⁾.

CHAPITRE II. — DE LA COMPÉTENCE.

- D. de *judiciis* et ubi quisque agere vel conveniri debeat 3, 1 ;
C. de *jurisdictione omnium judicum* et de *foro competente* 3, 13.

BETHMANN-HOLLWEG. *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses* n° 1, p. 1-77. Berlin et Stettin, 1827.

§ 390. *Historique de la matière.*

I. Les règles de l'ancien droit romain sur la compétence étaient aussi simples que rationnelles : le demandeur devait porter son action devant le magistrat auquel était soumis son adversaire, car il est juste de favoriser la partie attaquée et le droit de défense ; de là le grand principe *actor sequitur forum rei*⁽¹⁾. Le défendeur est

(11) L. 2, C. h. t.¹, 1, 46 ; L. 6, C. de *jurisd.* 3, 13. — (12) L. 38, C. de *appell.* 7, 62.

(13) Nov. 79, 83, *præf.*, et 123, c. 8 et 21-23 ; Cf. Nov. 83, *præf.* et § 1. — Voyez encore 1° L. 7, C. h. t.², 1, 4 ; L. 8 i. f., C. de *Jud.* 1, 9 ; Cf. Nov. 86, c. 1, 2 et 4. — 2° L. 33, *pr.* et § 1, C. h. t.¹, 1, 3 ; Nov. 83, *præf.* et § 2, et Nov. 123, c. 24.

(14) Nov. 79, c. 1-2, et 83, *præf.*, *pr.*

(1) *Vatic. fragm.* 325-326.

toujours soumis à l'autorité du magistrat de son domicile; il peut donc dans tous les cas être poursuivi à son domicile (2). S'il a acquis la cité hors de son domicile, il est encore placé sous l'autorité d'un second magistrat, devant lequel il est également tenu de répondre en justice, en supposant bien entendu que l'affaire soit de la compétence des magistrats municipaux (3) et non quand elle doit être portée devant le gouverneur de province (4). Ainsi le demandeur avait le choix d'actionner le défendeur à son domicile ou dans sa cité (5); c'est ce qu'on appelle aujourd'hui le *forum domicilii* et le *forum originis*; le dernier devint même double quand la cité romaine fut accordée aux Latins et à d'autres étrangers; Rome étant leur patrie légale, il fut permis de les y poursuivre aussi bien que dans leur municipe (6). Mais sous l'ancienne procédure, la poursuite du défendeur à l'un des endroits indiqués exigeait qu'on y trouvât sa personne ou des biens à lui appartenant; car ce n'était que sous l'une de ces conditions que l'introduction de l'action était possible par l'*in jus vocatio* ou la *missio in possessionem* (7).

II. Le caractère distinctif de la compétence de l'ancien droit civil était la *personnalité* : elle était déterminée par la personne du défendeur, soit par son domicile, soit par sa cité. A côté de cette compétence personnelle se développe à partir des derniers siècles de la république une compétence *réelle* en concours électif avec la première : on admit que le défendeur pourrait aussi être actionné là où l'action avait pris naissance, là où s'était formé le rapport obligatoire auquel se rapportait l'action, en d'autres termes à l'endroit où il avait lésé le droit du demandeur; en commettant cette lésion, il se soumet à l'obligation d'en répondre à l'endroit où il s'en est rendu coupable (8).

(2) *Vatic. fragm.* 326; L. 3 initio, D. *de offic. præs.* 1, 18, chn. avec L. 190, D. *de V. S.* 50, 16; L. 1, § 2, D. *de tut. et cur. dat.* 26, 5. — (3) L. 29, D. *ad munic.* 50, 1.

(4) Arg. des trois derniers textes de la note 2. — (5) L. 29, D. *ad munic.* 50, 1.

(6) Cic., *de leg.* II, 2; L. 53, D. *ad munic.* 50, 1. — (7) *Infra* § 400, note 1.

(8) Nov. 69, c. 1, pr. — ПУЧКА, *Institut.* II, § 132 et note r.

1° Le principe de la compétence réelle fut d'abord appliqué aux actions personnelles nées de conventions : le stipulant fut autorisé à poursuivre l'exécution du contrat devant le magistrat du lieu où le contrat avait été passé⁽⁹⁾. Bientôt on étendit la règle nouvelle aux obligations nées de quasi-contrats⁽¹⁰⁾. Sous le bas-empire, on y soumit encore les obligations résultant de délits⁽¹¹⁾. Dès lors il est logique d'admettre la règle absolue que toute action personnelle peut être portée devant le tribunal du lieu où le droit d'obligation a pris naissance.

2° A la suite d'une constitution des empereurs Valentinien II Théodose et Arcadius, le principe de la compétence réelle passa dans le domaine des actions réelles : ces empereurs permirent au propriétaire dépossédé de sa chose de la revendiquer au lieu de sa situation, car c'est là que se commet la lésion du droit de propriété⁽¹²⁾. Justinien en statua de même pour toutes les actions réelles⁽¹³⁾.

§ 391. *Droit de Justinien.*

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX. La compétence est personnelle ou réelle. Nous appelons personnelle la compétence qui tient au domicile ou à la cité du défendeur, réelle celle qui tient au lieu où a été lésé le droit du demandeur. Le défendeur peut d'une manière absolue être poursuivi devant le tribunal de son domicile : *actor sequitur forum rei*⁽¹⁾; s'il est sans domicile⁽²⁾, la résidence en tient lieu; s'il a

(9) L. 1, L. 2, L. 5 initio, D. de R. A. J. P. 42, 5.

(10) L. 19, § 1, L. 56, § 1, L. 43, pr. i. f., D. h. t.

(11) L. un., C. ubi de poss. agi oport. 3, 16; Nov. 69, c. 1, pr., et Auth. initio ad L. 2, C. ubi de crim. agi oport. 3, 15.

(12) L. 3, C. ubi in rem actio 3, 19; Cf. pour le droit antérieur *Vatic. fragm.* 526. — Sur la loi un. i. f., C. ubi de hered. agat. 3, 20, voyez BETHMANN-HOLLWEG, l. c. p. 65-65 et 69. — (15) Nov. 69, c. 1, pr.

(1) *Vatic. fragm.* 525-526; L. 4, C. Théod. de jurisd. 2, 1; L. 2 initio, C. h. t.; L. 3 initio, C. ubi in rem actio 3, 19; L. 5-4, C. ubi causa stat. 3, 22.

(2) T. I, § 54, I, 1°.

plusieurs domiciles⁽⁵⁾, le demandeur a le droit de le poursuivre à l'un d'eux à son choix. Mais il peut encore, suivant les circonstances, intenter son action à deux autres endroits : dans la cité de son adversaire ou au lieu de la compétence réelle.

A) En ce qui concerne la poursuite du défendeur dans sa cité, elle suppose que le défendeur appartienne à une cité distincte de l'endroit de son domicile, et que le litige soit de la compétence des magistrats municipaux⁽⁴⁾, car au point de vue du gouverneur de province la cité n'existe point⁽⁵⁾. Le défendeur citoyen romain devait même répondre à l'action dans la ville de Rome, la patrie commune de tous les citoyens romains⁽⁶⁾, si toutefois il se trouvait actuellement à Rome ; il eût été déraisonnable de le forcer à s'y transporter d'une extrémité de l'empire⁽⁷⁾ ; le séjour momentané à Rome n'était pas pris en considération lorsque le défendeur y était en mission publique ; alors il était en droit de réclamer le jugement dans sa cité (*jus revocandi domum*)⁽⁸⁾, à moins qu'il ne fût tenu d'accepter le débat à Rome en vertu des règles sur la compétence réelle⁽⁹⁾.

B) Quant à la compétence réelle, le demandeur peut soumettre son action au tribunal du lieu où a été commise la lésion de son droit⁽¹⁰⁾. Pour l'application du principe séparons les actions réelles et les actions personnelles :

1° L'action réelle est ouverte à l'endroit de la situation de la chose, qu'il s'agisse d'immeubles⁽¹¹⁾ ou d'objets mobiliers⁽¹²⁾ ; en effet, c'est à l'endroit de la situation de la chose que le possesseur lèse le droit du propriétaire, et qu'il est obligé de restituer (*forum rei sitæ*).

(5) T. I, § 54, I, 2°.

(4) L. 29, D. ad munic. 50, 1 ; L. 6, § 11 i. f., D. de excus. 27, 1 ; L. 19, pr. initio, D. de interd. et releg. 48, 22.

(5) L. 5 initio, D. de off. præf. 1, 18, chn. avec L. 190, D. de V. S. 50, 16 ; L. 1, § 2, D. de tut. et cur. dat. 26, 3. — (6) L. 55, D. ad munic. 50, 1.

(7) Arg. L. 28, § 4, D. ex quib. caus. maj. 4, 6 ; voyez d'ailleurs § 590, I i. f. — Cf. BETHMANN-HOLLEWEG, I. c. p. 9. — (8) L. 2, § 5-6, L. 8, L. 28, § 4, D. h. t.

(9) L. 24-25, D. h. t. ; L. 3, D. de legat. 50, 7. — (10) Nov. 69, c. 1, pr.

(11) L. 5, C. ubi in rem actio 5, 19 ; Nov. 69, c. 1, pr.

(12) Arg. L. 38 i. f., D. h. t. — Jadis ce point était contesté (BETHMANN-HOLLEWEG, I. c. p. 71-72).

Cette règle doit être étendue par voie d'analogie aux interdits acquisitifs de la possession⁽¹⁵⁾, aux actions *in rem scriptæ*⁽¹⁶⁾ et aux actions en partage⁽¹⁷⁾.

2° Le principe de la compétence réelle soulève plus de difficultés à l'occasion des actions personnelles :

a) Quand l'obligation poursuivie par l'action personnelle naît d'un contrat, il se peut que les parties soient convenues d'un lieu déterminé pour le paiement : alors c'est en ce lieu que le débiteur en retard lèse le droit de son créancier ; c'est donc aussi devant le tribunal du lieu convenu pour le paiement qu'il doit répondre à l'action du créancier⁽¹⁸⁾. Mais cette poursuite n'exclut pas la poursuite devant le tribunal du domicile⁽¹⁹⁾ : si l'action est de bonne foi, le créancier peut la porter purement et simplement devant le tribunal du domicile⁽¹⁸⁾ ; si elle est de droit strict, elle ne pouvait à la vérité servir à cette fin, puisque la rigueur de son *intentio* ne permettait pas de demander le paiement à un endroit autre que celui de la poursuite⁽¹⁹⁾ ; mais le prêteur accorda au créancier la faculté de poursuivre le débiteur à son domicile par l'action *de eo quod certo loco*, afin d'obtenir le paiement au lieu convenu⁽²⁰⁾. — A défaut de convention au sujet du lieu du paiement, le débiteur peut être actionné au lieu du contrat ; en effet, celui qui s'engage à un certain endroit, s'oblige tacitement à payer à cet endroit ; c'est avant tout là qu'il viole le contrat, bien qu'il ait la faculté de faire le paiement à un autre endroit convenable⁽²¹⁾. Comme cette compétence ne se

(15) L. un. initio, C. *ubi de hered. agat.* 3, 20 ; Nov. 69, c. 1, pr. ; L. 12, § 1, D. *de R. A. J. P.* 42, 5 — Cf. BAYER, l. c. p. 122 et 125.

(16) Arg. Nov. 69, c. 1, pr., et L. 3, C. *de his, quæ vi metusve causa* 2, 20.

(17) Nov. 69, c. 1, pr., *visive de finibus terræ*. — En ce sens BETHMANN-HOLLWEG, l. c. p. 69. — Contra BAYER, l. c. p. 124, qui n'admet le *forum rei sitæ* que pour l'action *finium regundorum*.

(18) L. 19, § 4, D. *h. t.* ; L. 3 *chn.* avec L. 1-2, D. *de R. A. J. P.* 42, 5 ; L. 21, D. *de O. et A.* 44, 7 ; § 33, I. *de act.* 4, 6, *visive Si quis autem Ephesi..... promissori.*

(19) L. 19, § 4, D. *h. t.*

(18) L. 7, pr., D. *de eo, quod certo loco* 13, 4 ; L. 16, § 1, D. *de pec. constit.* 13, 5.

(19) L. 1 initio, D. *de eo, quod certo loco* 13, 4. — (20) L. 1, D. *cit.*

(21) L. 19, § 2 initio et 3, L. 43, pr. initio, D. *h. t.* ; L. 2 i. f., C. *h. t.* ; voyez encore L. 19, § 1, D. *h. t.* ; L. 1, C. *ubi de ratioc.* 3, 21.

fonde que sur l'engagement tacite du débiteur, elle vient à cesser si les parties sont convenues que la poursuite se ferait à un autre endroit⁽²²⁾, ou s'il résulte des circonstances que le débiteur n'a entendu se soumettre qu'au tribunal de son domicile⁽²³⁾. — Ce n'est qu'à la seconde des deux hypothèses que nous venons d'examiner, qu'on applique avec raison la dénomination de *forum contractus*⁽²⁴⁾.

b) Par analogie des obligations contractuelles, les quasi-contrats peuvent être poursuivis au lieu où a été posé le fait obligatoire (*forum gestæ administrationis*)⁽²⁵⁾, à moins que les circonstances ne prouvent une intention contraire des parties; à raison de telles circonstances le légataire est admis à réclamer son legs là où se trouve la majeure partie des biens héréditaires⁽²⁶⁾.

c) Enfin, les actions naissant de délits peuvent être portées devant le tribunal du lieu où le délit a été commis, car c'est encore là que les obligations du délinquant ont pris naissance (*forum delicti*)⁽²⁷⁾. Il faut en décider de même pour les interdits conservatoires ou récupératoires de la possession, ils participent du caractère des actions pénales⁽²⁸⁾.

II. RÈGLES SPÉCIALES. Les principes qui précèdent, subissent plusieurs modifications :

A) *Du forum hereditatis.* Les créanciers héréditaires ont action contre l'héritier devant les tribunaux où ils auraient pu poursuivre l'auteur lui-même; l'héritier succède en effet à toutes les obligations de son auteur, et parmi ces obligations se trouve celle de répondre à l'action de ses créanciers devant les juges que la loi

(22) L. 19, § 2, D. h. t., vis *nisi alio loci ut defenderet, convenit*.

(23) L. 19, § 2, D. cit., vis *Nunquid dicimus*; L. 63, D. eod.

(24) BETHMANN-HOLLWEG, I. c. p. 30-31.

(25) L. 19, § 1, L. 56, § 1, L. 43, pr. i. f., D. h. t.; L. 1, C. ubi de ratioc. 3, 21; L. 20, D. h. t.

(26) L. 30-32, D. h. t.; L. 66, § 4, D. ad scutum Trebell. 36, 1; L. un., C. ubi fideic. peti oport. 3, 17.

(27) Nov. 69, c. 1; L. 1, C. ubi de crim. agi oport. 3, 13; L. 1, C. ubi senat. 3, 24.

(28) L. un., C. ubi de poss. agi oport. 3, 16. — BETHMANN-HOLLWEG, I. c. p. 68, note 142. — BAYER, I. c. p. 122-123.

détermine; ce motif commande d'appliquer la règle énoncée aussi bien au *forum domicilii* qu'au *forum contractus*⁽²⁹⁾. Mais les légataires doivent, comme nous l'avons vu en parlant des quasi-contrats, intenter leur action en délivrance du legs à l'endroit où sont situés en majeure partie les biens de la succession.

B) *Du forum tutelæ*. La compétence du magistrat en matière de nomination de tuteur ou de curateur et d'homologation d'actes de tutelle ou de curatelle, se détermine par la situation des biens de l'incapable⁽³⁰⁾. Mais la reddition du compte de tutelle ayant son fondement dans un quasi-contrat, se poursuit à l'endroit de la gestion.

C) *Du forum connexitatis*. En vertu de la connexité, des affaires qui considérées en elles-mêmes, appartiennent à des tribunaux différents, sont jugées par un seul; ce tribunal commun est celui de la cause principale⁽³¹⁾, ou si les causes sont toutes principales, le tribunal le premier saisi. L'on doit admettre la connexité des procédures, toutes les fois que leur séparation nuirait à l'instruction ou au jugement⁽³²⁾; nos sources appliquent ce principe :

1^o Aux affaires civiles liées à un procès criminel⁽³³⁾.

2^o Aux actions préjudicielles⁽³⁴⁾.

3^o Au possessoire et au pétitoire⁽³⁵⁾.

4^o Au recours en garantie de l'acheteur contre son vendeur auquel a été dénoncé le procès en éviction⁽³⁶⁾.

D) *Du forum reconventionis*. Le tribunal saisi d'une affaire qui est de sa compétence, est par cela même compétent pour connaître de toutes les demandes réciproques élevées par le défendeur contre

(29) L. 19, pr., D. h. t. — En ce sens BONJEAN, l. c. I, § 154 i. f. — Contra BETHMANN-HOLLEWEG, l. c. p. 24 et note 62, et BAYER, l. c. p. 120-121.

(30) *Vatic. fragm.* 252; Cf. L. 1, § 2, D. de tut. et cur. dat. 26, 3; L. un., C. ubi pet. tut. v. cur. 3, 52. — L. 16, C. de præd. 3, 71. — Voyez aussi L. 27, pr., D. de tut. et cur. dat. 26, 3. — (31) L. 5, C. h. t.; L. 1, C. de ord. judic. 5, 8.

(32) BAYER, l. c. p. 153-158.

(33) L. 4, § 4, D. fin. reg. 10, 1; C. de off. rect. prov. 1, 40.

(34) L. 3, C. h. t.; L. 1, C. de ord. judic. 5, 8.

(35) L. 10 i. f., C. h. t.; L. 13, C. de R. V. 3, 52. — (36) L. 49, pr., D. h. t.

le demandeur⁽⁵⁷⁾; ce dernier est censé avoir à l'avance accepté le débat devant le juge auquel il a soumis sa propre réclamation⁽⁵⁸⁾. La compétence du juge par rapport aux demandes reconventionnelles du défendeur, est subordonnée à deux conditions :

1° La demande reconventionnelle considérée en elle-même, abstraction faite de son montant et du lieu où elle est formée, doit être de la compétence du juge saisi de la première affaire, sinon il y a incompétence absolue, et celle-ci ne peut être couverte par le consentement présumé du demandeur, consentement qui forme la base du *forum reconventionis*; en d'autres termes, il peut y avoir incompétence *ratione loci*⁽⁵⁹⁾ *vel summæ*⁽⁴⁰⁾, mais non *ratione materiæ*⁽⁴¹⁾. Au reste, la demande reconventionnelle ne doit être ni connexe au litige principal, ni réunir les conditions de la compensation; elle peut aussi excéder la demande principale⁽⁴²⁾.

2° La demande reconventionnelle doit être présentée au commencement du procès, sinon le défendeur est censé y renoncer⁽⁴³⁾. Mais elle ne tombe point par la renonciation du demandeur à sa propre action⁽⁴⁴⁾.

E) *Du forum pactitium (vel prorogatum)*. En dernier lieu, les parties sont libres, sous les conditions suivantes, de choisir elles-mêmes leur juge et de déroger ainsi au droit commun sur la compétence⁽⁴⁵⁾ :

1° Le juge choisi doit être compétent *ratione materiæ*; car la loi qui détermine la sphère de juridiction des divers magistrats, est

(57) L. 22, D. h. t.; L. 11, § 1, D. de *jurisd.* 2, 1; L. 1, § 13, D. de *extraord. cognit.* 50, 15; L. 5, pr. i. f., C. de *fruct. et lit. exp.* 7, 51; L. 14, C. de *sentent.* 7, 45.

(58) Arg. L. 14 i. f., C. cit. — (59) L. 22, D. h. t. — (40) L. 11, § 1, D. de *jurisd.* 2, 1.

(41) Arg. L. 3, C. h. t. — Voyez *infra ad not.* 46.

(42) L. 11, § 1, D. de *jurisd.* 2, 1; L. 14 initio, C. de *sentent.* 7, 45.

(43) Nov. 96, c. 2, § 1, *vis statim ab initio*.

(44) JÉRUSALEM, *Dissertatio de reconventione*, Leipzig, 1837. — SARTORIUS, *Die Lehre von der Widerklage*, et surtout les § 52-56 et 58, Erlangen, 1838. — DESJARDINS, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne* nos 6-7 et 57-46, Paris, 1864. — Sur quelques autres *fora* de nature extraordinaire, voyez BAYER, l. c. p. 141-149.

(45) L. 1, L. 51 i. f., D. h. t.; L. 1, C. h. t.

d'ordre public, et dès lors les parties ne peuvent y déroger⁽⁴⁶⁾. Le consentement des parties ne couvre que l'incompétence *ratione loci*⁽⁴⁷⁾ *vel summæ*⁽⁴⁸⁾.

2° Le juge convenu entre parties doit accepter le jugement de l'affaire que les parties lui ont dévolue; il est maître de refuser⁽⁴⁹⁾.

3° Il faut le libre consentement des parties, absence d'erreur⁽⁵⁰⁾, de dol⁽⁵¹⁾ et de violence⁽⁵²⁾.

III. DU CONCOURS DE PLUSIEURS COMPÉTENCES. Il résulte de ce qui précède, que dans des cas nombreux une seule et même affaire est de la compétence de plusieurs tribunaux distincts : il peut y avoir un *forum domicilii* et un *forum originis*, voire même plusieurs *fora domicilii* et un double *forum originis*; avec eux peut concourir l'un des nombreux *fora* fondés sur la nature particulière de l'action dont il s'agit (*forum rei sitæ*, *forum contractus*, *quasi-contractus*, *vel delicti*, *forum hereditatis*, *forum tutelæ*); à ces *fora* s'ajoute encore parfois soit le *forum connexitatis*, soit le *forum reconventionis*; enfin il peut y avoir un *forum pactitium*. Alors se présente la question de savoir quel tribunal doit l'emporter sur les autres. En règle générale le demandeur a le choix du tribunal⁽⁵³⁾. Cela est vrai même quand il y a un *forum rei sitæ*⁽⁵⁴⁾ ou un *forum* dérivant d'un quasi-contrat⁽⁵⁵⁾ : ils n'empêchent point le demandeur de soumettre son action à un autre tribunal concurrent. Le droit romain est allé jusqu'à appliquer le principe énoncé au *forum pactitium*, en permettant à chaque partie d'abandonner le *forum* convenu pour

(46) L. 5, C. *h. t.*; L. 61, § 1, L. 81, D. *h. t.*; Cf. L. 1, D. *h. t.*; L. 1, C. *h. t.* — BONJEAN, l. c. I, § 56 in medio, et BAYER, l. c. p. 131-132. — (47) Arg. L. 22, D. *h. t.*

(48) L. 74, § 1, D. *h. t.*; L. 28, D. *ad munic.* 30, 1.

(49) Cf. L. 2, § 1, D. *h. t.* — ZIMMERN, l. c. § 27 et note 8. — BAYER, l. c. p. 131. — Cf. BONJEAN, l. c. I, § 56 in medio. — (50) L. 13, D. *de jurisd.* 2, 1; L. 2, pr., D. *h. t.*

(51) Arg. L. 2, pr. i. f., D. cit. — (52) L. 2, pr. i. f., D. cit.

(53) L. 19, § 4, D. *h. t.*; L. 2, § 3, D. *de eo, quod certo loco* 13, 4, *vis Quare et in proposito* *scilicet ante petitionem*.

(54) Arg. L. 3, C. *ubi in rem actio* 3, 19, *vis Sed et in locis*; Cf. L. 38, D. *h. t.* — BETHMANN-HOLLWEG, l. c. p. 70-77, et BAYER, l. c. p. 126.

(55) BAYER, l. c. p. 132-133.

celui du droit commun⁽⁵⁶⁾. Le *forum reconventionis* n'est pas d'avantage imposé par la loi ; Justinien défend seulement au défendeur de porter sa demande reconventionnelle devant un autre *forum* aussi longtemps que dure le procès principal⁽⁵⁷⁾. Il n'y a d'obligatoire que le *forum connexitalis* (58). Le tribunal une fois saisi exclut à jamais tous les autres (59).

IV. DE L'INCOMPÉTENCE. L'incompétence peut être opposée par le juge ou par le défendeur. Le juge a le devoir de se déclarer incompetent s'il l'est *ratione materiæ* (60) ; mais il est libre d'accepter l'affaire s'il est seulement incompetent *ratione loci vel summæ* ; il se forme alors un *forum pactitium* (61). De son côté, le défendeur a l'obligation d'opposer l'exception d'incompétence dès le début du procès (62), sinon il est censé y renoncer (63) ; mais on ne peut lui objecter sa comparution devant le tribunal incompetent (64), attendu qu'il doit venir y opposer son déclinatoire (65) ; le tribunal devant lequel on oppose l'exception d'incompétence, en apprécie lui-même le fondement (66) ; il doit le faire avant de procéder au débat sur le fond du procès. L'incompétence du tribunal (*ratione materiæ*) annule la procédure et fait considérer le jugement comme non avenu (67).

(56) L. 18, D. *de jurisd.* 2, 1. — ZIMMERN, l. c. § 27 et note 9. — BONJEAN, l. c. I, § 133. — BAYER, l. c. p. 153-154. — (57) Nov. 96, c. 2.

(58) L. 10, C. *de jud.* 3, 1. — Voyez supra II, C. — (59) BAYER, l. c. p. 154-158.

(60) Arg. L. un., C. *ut quæ desunt advoc. part., jud. suppl.* 2, 11.

(61) Arg. L. 2, § 1, D. *h. t.* — Voyez supra II, E, 2°.

(62) L. 15, C. *de except. seu præscript.* 8, 56 ; L. 4, C. *h. t.* ; Cf. L. 20, C. *de pact.* 2, 3.

(63) L. 50, L. 32, pr., D. *h. t.* — (64) L. 35, D. *h. t.*

(65) L. 5, D. *h. t.* ; L. 2, pr., D. *si quis in jus voc. non ierit* 2, 5.

(66) L. 5 in medio, D. *h. t.* — (67) C. *si a non compet. jud.* 7, 48.

TITRE III.

DE LA PROCÉDURE.

CHAPITRE I. — DES ANCIENS MODES DE PROCÉDURE.

SECTION I. — SYSTÈME DES ACTIONS DE LA LOI.

§ 592. *Notion et historique de ce système.*

Le caractère propre du système des *legis actiones* était une sévérité excessive : tout y était sacramental⁽¹⁾ ; les plaideurs avaient l'obligation de se servir de termes solennels et de poser des actes symboliques⁽²⁾ ; le moindre écart des prescriptions légales entraînait la perte du procès⁽³⁾. Comme cette procédure avait été calquée sur les termes de la loi, on appela les actions ainsi poursuivies actions de la loi (*legis actiones*)⁽⁴⁾. Cependant, on ne doit pas perdre de vue que les solennités des actions de la loi se rapportaient exclusivement à l'instance devant le magistrat ; elles étaient étrangères aux débats devant le juge⁽⁵⁾ ; seulement les parties, en arrivant *in judicio*, commençaient par rendre compte de la *legis actio* accomplie *in jure*

(1) L. 2, § 6 initio, D. de O. J. 1, 2. — (2) GAIUS, IV, 13-17 et 21.

(3) GAIUS, IV, 11 i. f. — (4) Cf. GAIUS, IV, 11 initio, et L. 2, § 6 i. f., D. de O. J. 1, 2.

(5) Arg. GAIUS, IV, 11-29. — KELLER, l. c. § 12.

(*causæ coniectio vel collectio*)⁽⁶⁾; leur exposé indiquait au juge l'objet précis du procès et servait de lien entre les deux instances⁽⁷⁾. Le système des actions de la loi comprenait plusieurs procédures, introductives d'instance ou exécutoires⁽⁸⁾.

1° *De la procédure introductive d'instance.* En première ligne se présente la procédure *per sacramentum* ⁽⁹⁾. Originellement elle s'appliquait à tous les litiges⁽¹⁰⁾; mais plus tard⁽¹¹⁾ son domaine fut restreint dans de fortes proportions par deux autres procédures. L'une est la *judicis arbitrice postulatio*, créée à une époque inconnue en vue des actions personnelles de bonne foi⁽¹²⁾. L'autre est la *condictio*, qui fut établie en l'an 510 par la loi Silia pour l'action personnelle *de certa pecunia* et étendue en l'année 520 par la loi Calpurnia à toute action personnelle *de certa re*⁽¹³⁾; elle embrasse par conséquent les *condictiones certi* (*actio si certum petetur*, et *condictio triticiaria*)⁽¹⁴⁾.

2° *De la procédure d'exécution.* L'exécution de droit commun était la *manus injectio* ⁽¹⁵⁾, avec laquelle concourait dans quelques cas la *pignoris capio* ⁽¹⁶⁾.

En résumé, le système complet des actions de la loi comportait cinq modes de procédure : le *sacramentum*, la *judicis arbitrice postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio* et la *pignoris capio*; mais il ne pourra être question des deux dernières procédures qu'à l'occasion des voies d'exécution ⁽¹⁷⁾.

(6) GAIUS, IV, 15 i. f.; *Pseudo-Asconius*, in *Verrem* I, 9; AULU-GELLE, V, 10.

(7) KELLER, l. c. § 13 in medio. — C'est pour avoir perdu de vue cette considération que MAYNZ (*Cours de D. R. I*, § 131 initio) et NAMUR (*Institutes* II, § 408 i. f.) commettent l'erreur d'admettre des formules dans le système des actions de la loi.

(8) GAIUS, IV, 12. — (9) GAIUS, IV, 13. — (10) GAIUS, IV, 13 initio.

(11) PUCHTA, *Institut* II, § 162 initio. — REDOBIG, l. c. § 22 initio. — Cf. KELLER, l. c. § 17 initio.

(12) CIC., *de offc.* III, 40. — KELLER, l. c. § 17 initio. — MAYNZ, *Cours de D. R. I*, § 130, 2°. — (13) GAIUS, IV, 19.

(14) T. II, § 377, I i. f. — DE SAVIGNY, *System* V, *Beilage* XIV, n° XXII in medio.

(15) GAIUS, IV, 21-25. — (16) GAIUS, IV, 26-29. — (17) § 408, I et III, 1°.

§ 393. *Des procédures introductives d'instance.*

D'après ce qui vient d'être dit, la *judicis arbitrive postulatio* s'appliquait aux actions personnelles de bonne foi, la *condictio* aux *condictiones certi*, par conséquent à la catégorie principale des actions personnelles de droit strict, et le *sacramentum* au surplus des actions personnelles de droit strict et à l'ensemble des actions réelles. Nous pensons qu'on ne pouvait pas recourir au *sacramentum* dans les actions pour lesquelles avait été établie l'une des deux autres procédures⁽¹⁾.

I. *De la procédure per sacramentum.* La procédure *per sacramentum* se distinguait par deux caractères :

1° Les plaideurs y faisaient un pari sur le fondement de leurs allégations respectives; c'était une peine pour le plaideur téméraire⁽²⁾. La loi des Douze tables elle-même avait fixé le montant de la gageure à la somme de 500 as (environ 50 fr.), en l'abaissant à 50 as (5 fr.) si le litige ne valait pas 1000 as (100 fr.) ou s'il concernait la liberté⁽³⁾; cet enjeu devait être déposé à l'avance dans un temple ou dans un autre lieu sacré⁽⁴⁾; plus tard on se contenta de cautions (*prædes*)⁽⁵⁾. La partie succombante perdait avec le procès le montant du pari⁽⁶⁾; cette pénalité profitait à l'État comme une espèce d'amende judiciaire⁽⁷⁾, et paraît avoir servi aux besoins du culte public⁽⁸⁾; on a voulu faire dériver de là l'expression de *sacramentum*⁽⁹⁾.

2° Le juge du fond était à proprement parler le tribunal des décemvirs, dans la suite celui des centumvirs⁽¹⁰⁾. Mais la loi Pinaria, peut-être de l'an 282 de Rome, permit aux parties de demander de

(1) Arg. GAIUS, IV, 15 initio. — KELLER, l. c. § 17 initio. — Cf. DE SAVIGNY, *System* V, *Beilage* XIV, n° XXII i. f., et BONJEAN, l. c. I, § 132. — (2) GAIUS, IV, 15.

(3) GAIUS, IV, 14, cf. 95; FESTUS, v° *Sacramentum*; VARRON, *de l. l.* V, 180 (MÜLLER).

(4) VARRON, l. c. — (5) GAIUS, IV, 15 i. f. et 16 i. f.

(6) RUDORFF, l. c. § 21 et note 15. — KELLER, l. c. § 15 et note 201. — MAYNZ, *Cours de D. R. I.*, § 150, 1°. — (7) GAIUS, IV, 15 i. f. et 16 i. f.; VARRON, *de l. l.* V, 180.

(8) FESTUS, v° *Sacramentum*.

(9) FESTUS, l. c.; Cf. VARRON, *de l. l.* V, 180, et ISIDORE, *Orig.* V, 24 i. f.

(10) Arg. GAIUS, IV, 15, 51 et 95. — T. II, § 587, II et III.

commun accord un juge privé, au moins en matière d'actions personnelles; trente jours après, elles reparaissaient devant le magistrat, et il était procédé à la nomination du juge⁽¹¹⁾.

II. *De la procédure per judicis arbitrive postulationem*. L'essence de cette procédure consistait dans la désignation par le magistrat d'un juge privé; les plaideurs n'avaient pas besoin de s'entendre à cet égard comme dans la poursuite *per sacramentum*. On ne faisait point de pari. Ce sont là les seuls renseignements que nous possédions sur la *judicis arbitrive postulatio*⁽¹²⁾.

III. *De la procédure per condictionem*. La procédure *per condictionem* comportait aussi essentiellement la nomination d'un juge privé : les parties convenaient (*condicebant*) devant le magistrat⁽¹³⁾ de se représenter le trentième jour pour recevoir un juge⁽¹⁴⁾. Mais la *condictio de certa pecunia* se rapprochait du *sacramentum* par son caractère pénal; les plaideurs s'y engageaient réciproquement à se payer en cas d'échec le tiers du litige, et même la moitié dans l'action de *pecunia constituta* (*sponsio et restipulatio tertiæ vel dimidiæ partis*)⁽¹⁵⁾.

SECTION II. — PROCÉDURE FORMULAIRE.

§ 394. Origine et caractère distinctif de ce système.

1° *Origine du système formulaire*. Il est possible que des formules fussent employées dès les premiers siècles de la république dans les contestations entre étrangers ou entre étrangers et Romains⁽¹⁾; mais ce point n'est nullement constant⁽²⁾. Dans tous les cas le système

(11) GAIUS, IV, 13; Cf. MACROBE, *Saturn.* I, 13 i. f.

(12) VALERIUS PROBUS, *T. I. A. V. P. V. D.*; Cic., *de off.* III, 10.

(13) Contra KELLER, I. c. § 18 in medio, et BONJEAN, I. c. I, § 154 i. f.

(14) GAIUS, IV, 18.

(15) Arg. GAIUS, IV, 171 i. f. cbn. avec 13 in medio; Cic., *pro Roscio com.* 4-5. — RUDORFF, I. c. § 25 i. f. — KELLER, I. c. § 18 i. f. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 150, 5° i. f.

(1) PUCHTA, *Institut.* II, § 165 initio. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 151, note 2.

(2) Contra ORTOLAN, *Institutes* III, p. 307 sq. — En admettant que le pérégrin ne pût

formulaire fut introduit à Rome par la loi *Æbutia* (5), qui appartient sans doute au milieu du sixième siècle (4); en l'absence de renseignements sur la portée précise de cette loi, on a conjecturé avec assez de vraisemblance, qu'elle aura appliqué le principe des formules aux actions personnelles qui étaient du domaine des procédures *per judicis arbitrive postulationem* et *per conductionem*, en maintenant le rituel des actions de la loi pour le surplus des actions personnelles et pour les actions réelles poursuivies *per sacramentum* (5). Sous Auguste les lois *Juliae judicariae* (*judiciorum privatorum et judiciorum publicorum*) (6), complétèrent la réforme de la loi *Æbutia*; seule la procédure *per sacramentum* demeura en usage pour les causes portées devant le tribunal des centumvirs (7), jusqu'à la chute de ce tribunal (8). On comprend que dans l'enfance du système formulaire on ait calqué les formules sur les actions de la loi; on s'exprimait dans la formule comme si la *legis actio* avait eu lieu (*exprimebantur formulæ ad legis actionem, vel ad fictionem legis actionis*) (9). Il y a plus: par une imitation évidente du *sacramentum*, on introduisit fort longtemps l'action revendicatoire, et probablement aussi les autres actions réelles, par la voie d'un pari (*sponsio*) où le demandeur stipulait une peine de cinq cents ou de cinquante as d'après la valeur du litige (*per sponsonem agere*) (10); ce pari n'étant qu'une formalité, le demandeur victorieux n'avait pas droit à la somme stipulée (11). Dans la suite ces expédients furent abandonnés: on rédigea les formules

lege agere, il était incontestablement admis à se faire représenter dans la *legis actio* par un citoyen romain (Arg. GAÏUS, IV, 31 in medio).

(5) GAÏUS, IV, 30 i. f.; AULU-GELLE, XVI, 10.

(4) PUCHTA, *Institut*. I, § 80 i. f. — RUDORFF, *Röm. Rechtsgesch.* I, § 44 i. f. — Cf. ZIMMERN, I. c. § 33, note 1. — BONJEAN, I. c. I, § 164 initio. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 151 initio.

(5) Arg. AULU-GELLE, XVI, 10. — RUDORFF, I. c. § 27 initio. — Cf. ZIMMERN, I. c. § 33. — KELLER, I. c. § 25 initio. — MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 151 initio.

(6) PUCHTA, *Institut*. II, § 163, note c. — KELLER, I. c. § 25 initio. — Cf. WALTER, I. c. n° 670. — RUDORFF, I. c. § 27 et note 2.

(7) GAÏUS, IV, 31 in medio; AULU-GELLE, XVI, 10.

(8) Pour un second cas où fut maintenue la *legis actio per sacramentum*, voyez GAÏUS, IV, 31 initio, mais voyez aussi la fin. — (9) GAÏUS, IV, 10 initio, 52 et 53.

(10) GAÏUS, IV, 93. — (11) GAÏUS, IV, 94 initio.

en dehors d'une fiction de *legis actio*⁽¹²⁾; la *sponsio* comme moyen d'introduction des actions réelles tomba aussi en désuétude, l'on poursuivait directement la chose (*per petitoriam formulam agere*)⁽¹³⁾.

2° *Caractère distinctif du système formulaire.* Le nouveau système se distinguait par la formule : on appelle ainsi l'instruction écrite, rédigée par le magistrat en vue du juge et fixant l'objet précis du débat. Cette note servait de lien entre les deux phases du procès, en même temps qu'elle l'organisait et guidait le juge ; sous ce rapport, elle remplaçait les solennités de la *legis actio* dont les parties avaient jadis à rendre compte au juge du fond⁽¹⁴⁾. Le magistrat déterminait dans la formule la question à résoudre par le juge, en lui confiant en outre la condamnation ou l'absolution du défendeur selon qu'il aurait tranché affirmativement ou négativement la question proposée. Mais il restreignait souvent la faculté de condamner. Si le demandeur réclamait une somme d'argent déterminée, le magistrat ordonnait au juge de condamner éventuellement le défendeur à cette somme (*condemnatio certæ pecuniæ*)⁽¹⁵⁾; alors le juge ne pouvait condamner qu'à la somme indiquée⁽¹⁶⁾, il devait donc absoudre le défendeur dès que son adversaire ne justifiait pas du montant intégral de sa prétention, n'eût-il réclaté qu'un as de trop⁽¹⁷⁾. Si la demande avait un objet différent, dans certains cas⁽¹⁸⁾, le magistrat fixait au juge un maximum qu'il ne pouvait dépasser (*condemnatio incertæ pecuniæ cum taxatione*)⁽¹⁹⁾, dans d'autres, le montant de la condamnation était laissé à son appréciation (*condemnatio incertæ pecuniæ infinita*)⁽²⁰⁾. Mais le juge qui s'arrêtait au parti de la condamnation, devait la faire porter sur une somme d'argent, quelle que fût la nature de la chose réclamée par le demandeur ; sous le système formulaire la condam-

(12) Cf. GAIUS, IV, 10 initio et 35; CIC., *pro Roscio com.* 8.

(13) CIC., *in Verrem* II, 12; GAIUS, IV, 92. — KELLER, I. c. § 25-28. — MAYNZ, *Cours de D. R. I.*, § 205 in medio. — (14) T. II, § 392.

(15) GAIUS, IV, 30; CIC., *pro Roscio com.* 4. — (16) GAIUS, IV, 52 in medio.

(17) GAIUS, IV, 35 initio. — (18) GAIUS, III, 224; CIC., *pro Tullio* 7.

(19) GAIUS, IV, 51 initio et 52 i. f.; FESTUS, *vo Taxat.*

(20) GAIUS, IV, 51 i. f. et 52 i. f. — PUCHTA, *Institut.* II, § 166 initio. — RUDORFF, I. c. § 29 in medio. — KELLER, I. c. § 59 i. f.

nation n'était jamais que pécuniaire⁽²¹⁾; nous connaissons ailleurs la raison de cette particularité⁽²²⁾.

§ 393. Contenu de la formule.

On distingue dans la formule des éléments essentiels et des éléments accidentels. Nous entendons par éléments essentiels ceux qui se rencontrent nécessairement, sinon dans une action quelconque, au moins dans certaines classes d'actions; les éléments accidentels sont ceux qui ne sont propres à aucune action, mais peuvent se rencontrer dans toutes, d'après les circonstances.

1. *Des éléments essentiels de la formule.* Ce sont les quatre suivants : la *demonstratio*, l'*intentio*, la *condemnatio* et l'*adjudicatio*⁽¹⁾, pour ne pas parler de la désignation du juge qui figurait en tête de la formule⁽²⁾.

1° La *demonstratio* est l'exposé des faits de la cause : *demonstratio est ea pars formulæ, qua demonstratur res, de qua agitur*⁽³⁾. On doit considérer comme une véritable *demonstratio* la *præscriptio* de l'action *præscriptis verbis*; si on lui donna le nom spécial de *præscriptio*, ce fut uniquement parce que les contrats innommés manquaient, dans le principe, d'un nom civil⁽⁴⁾. De même les actions *in factum* avaient de fait une *demonstratio* unie à l'*intentio*, comme nous l'expliquerons à l'occasion de l'*intentio*. Mais la *demonstratio* faisait défaut dans les actions réelles; elle y était inutile, les faits de la cause résultant du reste de la formule : l'*intentio* indiquait le droit réel lésé par le défendeur, et la *condemnatio* la nature de cette lésion⁽⁵⁾.

2° L'*intentio* détermine l'objet précis de la demande; ce sont les conclusions du demandeur : *intentio est ea pars formulæ, qua actor*

(21) GAIUS, IV, 48 et 52 initio. — (22) Infra § 408, IV.

(1) GAIUS, IV, 39. — (2) GAIUS, IV, 46-47. — (3) GAIUS, IV, 40.

(4) Arg. L. 6 i. f., C. de transact. 2, 4. — T. I, § 224, II, B, 1°.

(5) Arg. Cic., in Verrem II, 12; GAIUS, IV, 54 et 56; Non obstat L. 11, pr. i. f. et § 2, L. 14, § 2, D. de except. rei judic. 44, 2. — PUCHTA, Institut. II, § 167 initio. — Cf. RUDORFF, l. c. § 29 i. f. — KELLER, l. c. § 40 initio. — MAYNZ, Cours de D. R. I, § 131 i. f.

desiderium suum concludit (6). Dans les actions fictives l'*intentio* était accompagnée d'une fiction : le demandeur n'y soutenait pas directement que tel ou tel droit lui appartenait, mais qu'il lui eût appartenu sous la condition de la fiction légale ; le juge devait apprécier l'affaire comme si cette fiction était une réalité (7). Dans les actions *in factum*, parmi lesquelles il faut comprendre ici les actions utiles non fictives, l'*intentio* présentait un caractère et une forme toutes spéciales ; comme les actions *in factum* n'étaient pas fondées sur le droit civil, mais seulement sur l'équité, l'*intentio* ne pouvait pas davantage avoir un caractère civil, porter sur un droit proprement dit, réel ou de créance ; elle ne pouvait s'appuyer que sur les faits de la cause dont elle résultait virtuellement. C'est pourquoi la formule ne renfermait qu'une *demonstratio* et la tournure de l'*intentio* appuyée sur la *demonstratio* (*Si paret* (tournure de l'*intentio*), *A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse* (*demonstratio*)) (8) ; on peut dire que les actions *in factum* avaient une *intentio* de fait plutôt que de droit, une *quasi-intentio* (9) ; de telles formules étaient appelées *in factum conceptæ*, par opposition aux formules des actions civiles qui étaient *in jus conceptæ* (10). Il suit de ces observations que l'*intentio* était un élément essentiel de toute action ; on ne conçoit pas de poursuite judiciaire sans une demande faite à la justice (11).

5° La *condemnatio* est le pouvoir accordé au juge de condamner ou d'absoudre le défendeur d'après les circonstances : *condemnatio est ea pars formulæ, qua judicî condemnandî absolvendive potestas permittitur* (12). La *condemnatio* se rencontrait dans toutes les formules, si ce n'est dans celles des actions préjudicielles : le but de ces actions n'étant pas d'obtenir une condamnation contre l'adversaire, mais uniquement de faire trancher une question incidente à un procès principal, la *condemnatio* y était remplacée par l'ordre donné au juge de résoudre la question incidente ; comme d'autre part les actions

(6) GAIUS, IV, 41. — (7) GAIUS, IV, 34-38 ; ULPIN, XXVIII, 12.

(8) GAIUS, IV, 45-47 et 60 i. f. — (9) Cf. GAIUS, IV, 60 i. f.

(10) GAIUS, IV, 45 initio et 46 initio. — (11) ARG. GAIUS, IV, 44. — (12) GAIUS, IV, 43.

préjudicielles ne comportaient ni *demonstratio*, en qualité d'actions réelles, ni *adjudicatio*, leur formule se réduisait à l'*intentio* suivie de l'ordre d'examiner le fait incident⁽¹³⁾.

4° L'*adjudicatio* est le pouvoir accordé au juge dans les actions divisoires d'attribuer aux plaideurs la portion des biens communs qu'il jugera convenable : *adjudicatio est ea pars formulæ, qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare*⁽¹⁴⁾. Cet élément de la formule n'est possible que dans les actions en partage.

II. *Des éléments accidentels de la formule.* Les éléments accidentels de la formule sont la *præscriptio* et l'*exceptio* :

1° La *præscriptio* (de *præscribere*, écrire en tête) est une mention spéciale mise en tête de la formule⁽¹⁵⁾. On ne doit pas confondre avec elle la *præscriptio* de l'action *præscriptis verbis* ; cette dernière *præscriptio* constituait une véritable *demonstratio*, un élément ordinaire de la formule⁽¹⁶⁾. La *præscriptio* dont nous parlons ici, pouvait originellement être insérée dans la formule au profit du demandeur ou au profit du défendeur. Dans le premier cas, c'était une réserve des droits ultérieurs appartenant au demandeur contre son adversaire à raison des faits servant de base à la poursuite actuelle et non compris dans cette poursuite⁽¹⁷⁾. Dans le second cas, la *præscriptio* était une fin de non-recevoir qui devait être examinée par le juge avant le débat sur le fond ; sa place dans la formule avertissait le juge⁽¹⁸⁾ ; mais dès les premiers temps de l'époque classique, les fins de non-recevoir passèrent du commencement à la fin de la formule, et il ne resta que les *præscriptiones pro actore*⁽¹⁹⁾.

2° L'*exceptio* désignait d'abord les moyens de défense que le juge devait examiner en même temps que les faits de la cause, et depuis la disparition des *præscriptiones pro reo*, des moyens de défense quelconques⁽²⁰⁾. Le nom d'*exceptio* vient de ce que les moyens de défense

(13) GAIUS, IV, 44 initio ; THÉOPHILE, § 13, I. de act. 4, 6. — (14) GAIUS, IV, 42.

(15) GAIUS, IV, 132. — (16) Voyez supra I, 1^{re} du présent paragraphe.

(17) GAIUS, IV, 150-151^a. — (18) GAIUS, IV, 133.

(19) GAIUS, IV, 133 initio. — Cf. GAIUS, IV, 154-157. — (20) GAIUS, IV, 116.

formaient une exception à la condamnation : aux termes de la formule, le juge ne devait condamner le défendeur que si son moyen de défense n'était pas fondé (21).

CHAPITRE II. — DE LA PROCÉDURE DE JUSTINIEN EN PARTICULIER.

§ 396. *A quelle époque une action doit être intentée.*

La règle tout à fait générale du droit romain est que celui au profit duquel une action a pris naissance, est libre de l'intenter à l'époque qu'il juge convenable⁽¹⁾, pourvu qu'il ne laisse pas s'accomplir la prescription. La règle n'admet qu'une seule exception : lorsqu'un débiteur est en déconfiture, les créanciers n'ont droit à leur part dans la masse que s'ils se présentent dans le délai légal⁽²⁾. Le droit romain ne connaît point de *provocatio ex lege Diffamari*, autorisant la personne contre laquelle un tiers élève des prétentions, à mettre ce tiers en demeure d'agir à peine de déchéance⁽³⁾, ni une *provocatio ex lege Si contendat*, au profit de celui qui dispose d'une exception pouvant devenir inefficace par l'inaction de l'ayant-droit⁽⁴⁾ ; les lois où l'on a voulu trouver ces actions provocatoires, ne les établissent en aucune façon ; on reconnaît universellement à l'époque moderne qu'on les a mal interprétées⁽⁵⁾.

(21) Gaius, IV, 119 ; L. 22, pr., D. de except. 44, 1.

(1) L. un., C. ut nemo invitatus agere vel accusare cogatur 3, 7 ; L. 4 initio, C. de usur. pupill. 3, 36 ; L. 20 initio, C. de pignor. 8, 14.

(2) L. 10, § 1, C. de B. A. J. P. 7, 72 (Infra § 409, II, C). — Cf. L. 6, C. de remiss. pign. 8, 26. — (3) Cf. L. 3, C. de ingen. manum. 7, 14 (lex Diffamari).

(4) Cf. L. 28, D. de fidejuss. 46, 1 (lex Si contendat).

(5) VANGEROW, *Lehrb.* I, § 144, Anm. — En ce qui concerne les L. 3, § 12, D. commod. 13, 6, L. 2, pr., D. de lege Rhod. 14, 2, L. 13, § 30, D. de A. E. et V. 19, 1, L. 60, § 3, D. l. c. 19, 2, et L. 16, D. de A. T. 26, 7, elles ne renferment que des restrictions apparentes à la liberté d'agir en justice.

§ 397. Des mesures contre les plaideurs téméraires.

I. de pœna temere litigantium 4, 16.

I. Des mesures contre les deux plaideurs.

1° Chaque plaideur peut exiger de son adversaire et de ses avocats le serment qu'ils soutiennent le procès de bonne foi (*juramentum calumniæ*)⁽¹⁾. C'est là une mesure simplement préventive et qui de plus n'a qu'une force morale. Elle remplace dans la législation de Justinien une série de pénalités portées par l'ancien droit contre les plaideurs téméraires de mauvaise foi⁽²⁾ et même de bonne foi⁽³⁾.

2° En règle générale, la partie succombante doit être condamnée aux frais du procès; la partie victorieuse a donc droit à la restitution des frais qu'elle a payés; cette règle n'est que l'application du principe d'équité que chacun est tenu de réparer le dommage causé par son fait⁽⁴⁾. Cependant le juge peut, eu égard aux circonstances, compenser les frais, de manière à faire supporter à chaque plaideur ses propres dépens⁽⁵⁾.

II. Des mesures contre le demandeur. Des pénalités spéciales frappent le demandeur qui réclame plus que ce qui lui est dû (*plus petitio*), par rapport à la chose, au temps, au lieu ou aux modalités⁽⁶⁾ : outre qu'il n'obtient que ce à quoi il a réellement droit, il est condamné à payer au défendeur le triple du dommage qu'il a pu lui causer par sa *plus petitio re, loco, vel causa*⁽⁷⁾, et dans le cas d'une

(1) § 1, I. h. t., v^{is} *Ecce enim..... pervenit*, et v^{is} *Item actoris..... comprehendum est*; C. de jurejur. propter calumn. dando 2, 59; Nov. 49, c. 5; Nov. 124, c. 1; Cf. Gaius, IV, 172 et 176. — (2) Gaius, IV, 175; § 1 i. f., I. h. t.

(3) Gaius, IV, 177-179. — Gaius, IV, 171, 180, 181 et 15 in medio.

(4) § 1 i. f., I. h. t.; L. 3, pr. initio, C. de fruct. et lit. exp. 7, 31; L. 15, § 6, L. 13, C. de jud. 3, 1; Nov. 82, c. 10 initio; Cf. L. 78, § 2 i. f., D. de leg. 2^o, 31, Nov. 82, c. 10 in medio, et L. 3, pr. in medio, C. de fruct. et lit. exp. 7, 31.

(5) Nov. 82, c. 10 i. f.; L. 3, § 1, C. cit.; Authent. i. f. ad L. 13, C. de jud. 3, 1. — Voyez encore L. 13, § 2 in medio, C. de jud. 3, 1 (Infra § 401, III, 1^o).

(6) Gaius, IV, 33, v^{is} *Plus autem quatuor modis petitur.....*, et 35^a; § 33, I. de act. 4, 6, v^{is} *Plus autem..... quod majoris pretii est*.

(7) § 33 i. f. cbn. avec § 24, I. de act. 4, 6; L. 2, A et B, § 2, C. de plus petit. 3, 10.

plus petitio tempore, il n'est admis à reprendre son action qu'après l'expiration d'un délai double, les intérêts de la dette cessant de courir⁽⁸⁾. Le droit classique se montrait beaucoup plus sévère : le demandeur coupable de *plus petitio* perdait à la fois son procès et son droit : son procès, par la raison que le juge ne pouvait condamner le défendeur que si l'*intentio* du demandeur était rigoureusement exacte; son droit, parce que la *litis contestatio* l'avait anéanti; ce n'était que pour des causes graves que le prêteur le restituait en entier contre son erreur⁽⁹⁾.

Le demandeur qui a réclamé trop peu ou autre chose que ce qui est dû, est admis à redresser son erreur dans la même instance⁽¹⁰⁾.

III. Des mesures contre le défendeur.

1° Le défendeur condamné pour dol encourait l'infamie dans l'action *pro socio*, dans les actions directes de tutelle, de mandat et de dépôt, et dans les actions de vol, de rapine et d'injure, pour avoir manqué volontairement à une obligation de confiance ou à raison de son délit⁽¹¹⁾.

2° Le défendeur qui succombait après avoir nié sa dette, subissait une condamnation au double dans l'*actio depositi directa* fondée sur un dépôt nécessaire, dans l'action Aquilienne, et dans l'*actio legati* lorsque le légataire était un établissement de bienfaisance⁽¹²⁾.

§ 398. Des plaideurs et de leurs représentants.

I. Des plaideurs (D. 3, 1, et C. 2, 6, de *postulando*). Pour pouvoir ester personnellement en justice (*postulare*)⁽¹⁾, le plaideur doit être capable de s'obliger, car le procès entraîne l'obligation de se

(8) L. 1, pr. et L. 3, B, pr., C. *eod.*; § 33 i. f., I. cit.; § 10 i. f., I. de *except.* 4, 15.

(9) GAIUS, IV, 33 initio; § 33 initio, I. de *act.* 4, 6; § 10 in medio, I. de *except.* 4, 15; Voyez encore GAIUS, IV, 54 et 57-60.

(10) § 54-55, I. de *act.* 4, 6; L. 1, § 3, L. 2, B, § 1, C. de *plus petit.* 3, 10. — Pour l'ancien droit voyez GAIUS, IV, 56 cbn. avec 122 in medio; IV, 55.

(11) § 2, I. h. t.; Cf. GAIUS, IV, 182.

(12) § 2 in medio, I. h. t.; § 17 i. f., 23 initio et i. f. et 26, v^o *at illæ*....., I. de *act.* 4, 6; L. 1, § 1 et 4, D. *depos.* 16, 3; Cf. GAIUS, IV, 9 et 171 in medio.

(1) L. 1, § 2, D. h. t.

soumettre au jugement à intervenir⁽²⁾; la capacité d'ester en justice est de plus refusée aux mineurs de dix-sept ans⁽³⁾ et aux sourds⁽⁴⁾. Le plaideur incapable doit se faire assister par son tuteur ou curateur⁽⁵⁾; s'il n'en a pas, le magistrat lui adjoint un curateur *ad hoc*⁽⁶⁾ ou un défenseur⁽⁷⁾. Dans d'autres cas encore, le magistrat peut pour des motifs particuliers désigner un avocat d'office⁽⁸⁾.

II. *Des représentants des plaideurs.* (I. de iis, per quos agere possumus 4, 10; D. de procuratoribus et defensoribus 3, 3; C. de procuratoribus 2, 15). Les personnes incapables d'ester en justice ne doivent pas nécessairement soutenir le procès avec l'assistance de leur tuteur ou curateur; elles peuvent aussi se faire représenter par ce dernier, de manière que le tuteur ou curateur soutient lui-même le procès pour le compte de l'incapable⁽⁹⁾. Le plaideur capable est pareillement libre de se faire représenter par un procureur⁽¹⁰⁾ (*procurator*, anciennement encore *cognitor*)⁽¹¹⁾. Avec les représentants des parties on ne doit pas confondre leurs avocats ou défenseurs: ceux-ci ne font qu'assister la partie en cause, à l'instar des tuteurs ou curateurs qui assistent l'incapable en justice; la partie assistée agit en nom propre et supporte personnellement toutes les conséquences du procès; le défenseur y demeure étranger⁽¹²⁾. La représentation judiciaire est soumise aux règles suivantes:

1° Sont incapables de représenter une partie en justice les personnes incapables d'ester en justice pour leur propre compte⁽¹³⁾, ensuite les femmes⁽¹⁴⁾, les soldats⁽¹⁵⁾ et les infâmes dans le sens

(2) L. 7, § 1, D. de bonor. poss. 37, 1; L. 1, § 2-3, D. de A. T. 26, 7; Arg. L. 9, § 3 initio, D. de off. procons. 1, 16. — (3) L. 1, § 5 initio, D. h. t. — (4) L. 1, § 5 i. f., D. cit.

(5) L. 7, § 1, D. de bonor. poss. 37, 1; L. 1, § 2-4, D. de A. T. 26, 7; L. 13, D. de auctor. tut. 26, 8. — (6) § 2, l. de curat. 1, 25; L. 11, C. qui dare tut. v. cur. 3, 54.

(7) L. 9, § 3 initio, D. de off. procons. 1, 16; L. 1, § 4, D. h. t.

(8) L. 9, § 3, D. cit.; L. 1, § 4, D. h. t. — (9) L. 1, § 2-3, D. de A. T. 26, 7.

(10) Pr., l. h. t.; GAUS, IV, 82 initio. — (11) GAUS, l. c.

(12) Sur l'historique de la représentation judiciaire, et surtout sur l'importante distinction des *cognitores* et des *procuratores*, voyez GAUS, IV, 82-84, pr., l. h. t., et L. 1, § 1, D. h. t. — (13) Voyez supra I du présent paragraphe.

(14) § 11 initio, l. de except. 4, 13; L. 54, pr., D. h. t.; L. 18, C. h. t.; Cf. PAUL, I, 2, § 2; L. 4, C. h. t.; L. 41, D. h. t.

(15) § 11 in medio, l. de except. 4, 13; L. 8, § 2, D. h. t.; L. 7, L. 9, C. h. t.

que le droit prétorien les déclarait incapables de postuler pour autrui⁽¹⁶⁾.

2° La constitution d'un mandataire *ad litem* n'est soumise à aucune formalité⁽¹⁷⁾; il suffit que le représentant produise une procuration écrite, s'il n'est pas nommé en justice par le plaideur⁽¹⁸⁾. Mais, même à défaut d'un mandat régulier, on est admis à représenter comme gérant d'affaires le plaideur absent, en fournissant la caution *ratam rem dominum habiturum* ou la caution *judicatum solvi*, selon qu'il s'agit de représenter le demandeur ou le défendeur⁽¹⁹⁾.

5° La représentation judiciaire est pleine et entière; le représentant est considéré comme un simple organe de son principal. En conséquence, c'est au nom du principal que le jugement est prononcé; l'*actio judicati* se donne à lui ou contre lui⁽²⁰⁾.

III. Des cautions à fournir par les plaideurs ou par leurs représentants (I. de *satisfationibus* 4, 11; D. *qui satisfacere cogantur*... 2, 8; C. de *satisfando* 2, 57). Les deux plaideurs doivent fournir la caution *judicio sisti*, en vue de garantir leur comparution en justice⁽²¹⁾. De plus, dans le cas où le procès est soutenu par représentant, celui du demandeur doit la caution *ratam rem dominum habiturum* quand il ne justifie pas d'un mandat⁽²²⁾, et le représentant du défendeur est indistinctement tenu de la caution *judicatum solvi*⁽²³⁾, à moins que le défendeur ne la fournisse lui-même⁽²⁴⁾.

(16) PAUL, I, 2, § 1; *Vatic. fragm.* 324; Cf. § 11 i. f., I. de *except.* 4, 13. — T. II, § 387^{bis}, III, 2°.

(17) § 1, I. h. t. — Sur l'ancien droit voyez GAIUS, IV, 83-84.

(18) § 3 initio, I. de *satisf.* 4, 11; L. un. initio, C. de *satisf.* 2, 57.

(19) § 5 et 3, I. de *satisf.* 4, 11.

(20) L. 2, pr. initio, D. de A. T. 26, 7; L. 4, pr. initio, D. de *re judic.* 42, 1; Cf. L. 2, pr. in medio, D. cit., et L. 4, pr. i. f., D. cit. — Voyez pour l'ancien droit GAIUS, IV, 86-87.

(21) Nov. 112, c. 2; Nov. 96, *praf.* et c. 1 (Infra § 400, 1°). — § 2 et 4 i. f., I. h. t. (Infra § 400, 2°).

(22) L. un. in medio, C. h. t.; § 3, I. h. t. — (23) § 4 initio, I. h. t.

(24) § 3, I. h. t.; L. un. i. f., C. h. t. — Ancien droit : 1° GAIUS, IV, 97-100; pr. i. f. et § 1 initio, I. h. t. — 2° GAIUS, IV, 89, 91 et 102; pr. initio et § 1 i. f., I. h. t.

§ 399. Caractères généraux de la procédure romaine.

L'ancienne procédure romaine jouissait dans la mesure la plus large de trois beaux attributs : elle était orale, publique et gratuite⁽¹⁾. Le premier attribut s'est pleinement maintenu dans la législation de Justinien, le second a été considérablement restreint, le troisième a disparu⁽²⁾.

1° La procédure était orale : les parties se défendaient de vive voix sans recourir à un échange de pièces; il n'y avait d'écrit que l'exploit d'assignation du défendeur⁽³⁾, et l'appel pouvait se faire de la même manière⁽⁴⁾; le jugement aussi était prononcé de vive voix, mais après une rédaction préalable⁽⁵⁾. Les débats oraux étaient résumés séance tenante dans un procès-verbal⁽⁶⁾, qu'on transcrivait ensuite avec plus de soin dans les registres judiciaires⁽⁷⁾. Les parties pouvaient se faire délivrer copie du procès-verbal définitif⁽⁸⁾.

2° La publicité des débats était limitée : on n'admettait à l'intérieur du tribunal que les *honorati*, en quelque sorte les seuls citoyens de cette époque de despotisme⁽⁹⁾; la foule n'avait qu'exceptionnellement accès dans la salle d'audience⁽¹⁰⁾.

3° Les frais judiciaires se déterminaient d'après la nature des actes, le rang du tribunal et l'importance de la cause. Le plaideur pauvre en était exempté⁽¹¹⁾; mais alors son adversaire participait à la même faveur⁽¹²⁾; beaucoup d'autres personnes jouissaient d'une dispense totale ou d'une réduction des taxes⁽¹³⁾.

(1) BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II § 27, p. 73, II, § 78, p. 159-160, § 79, p. 161-163, et § 82, p. 192-193.

(2) BETHMANN-HOLLWEG, l. c. III, § 147, p. 188-190, et § 148, p. 197-204.

(3) *Infra* § 400, 1°. — (4) *Infra* § 403, I, A, 1°.

(5) *C. de sent. ex periculo recitandis* 7, 44.

(6) *Vatic. fragm.* 112; *LYDUS, de magistrat.* III, 20 et 27.

(7) *LYDUS*, l. c.; L. 4, *C. Théod. de offic. procons.* 1, 12.

(8) L. 52, § 2 *in medio* et 4 *in medio*, *C. de appell.* 7, 62; Cf. L. 2, *C. de edendo* 2, 1.

(9) *SALVIEN, de gubern. Dei* III, 82; L. 2, L. 3, *C. de prox. sacr. scrib.* 12, 19.

(10) L. 5 *initio*, *C. de naufr.* 11, 3. — (11) *Nov.* 17, c. 3.

(12) L. 6, *C. de fruct. et lit. exp.* 7, 31.

(13) BETHMANN-HOLLWEG, l. c. III, § 148, p. 204 *chn.* avec p. 201-203.

§ 400. De l'assignation du défendeur.

D. 2, 4, et C. 2, 2, de *in jus vocando*.

Sous Justinien ⁽¹⁾ l'assignation du défendeur présente cette particularité qu'elle se fait par l'intermédiaire du tribunal.

1^o Le demandeur commençait par rédiger ou par faire rédiger son exploit (*libellus conventionis*), où il indiquait sommairement le fondement et l'objet de sa demande ⁽²⁾; il devait y apposer sa signature, ou, s'il ne savait écrire, faire signer à sa place un tabulaire ⁽³⁾; il n'y avait point de formules sacramentelles ⁽⁴⁾. Le demandeur remettait ensuite son exploit au tribunal ⁽⁵⁾, en fournissant la caution *judicio sisti* par fidéjusseurs ou par serment ⁽⁶⁾; le tribunal examinait la recevabilité de l'action, et rendait, selon les circonstances, une ordonnance d'assignation ou une ordonnance de non-lieu (*sententia, interlocutio, praeceptum*), cette dernière quand la poursuite était ouvertement mal fondée ⁽⁷⁾. L'ordonnance d'assignation (*commonitio, conventio, citatio*) pouvait être écrite ou orale ⁽⁸⁾: si elle était écrite, elle figurait sans doute à la suite de l'exploit du demandeur ⁽⁹⁾; c'était par rapport à cet exploit une véritable ordonnance de *soit communiqué*.

2^o L'un des huissiers du tribunal (*executor*) était alors chargé de transmettre l'exploit du demandeur et l'ordonnance d'assignation au défendeur ou à son représentant ⁽¹⁰⁾. Le défendeur était tenu de

(1) Ancien droit : GAIUS, IV, 185; AULU-GELLE, XX, 1. — D. *in jus vocati ut eant, aut satis v. cautum dent* 2, 6. — AURELIUS VICTOR, de *Cesar*. XVI, 9 et 11; C. Théod. de *denuntiatione vel editione rescripti* 2, 4. — BETHMANN-HOLLWEG, I. c. I, § 52, p. 103-108, et II, § 85, p. 196-202. — BONJEAN, I. c. I, § 191-194 et 243-246. — KELLER, I. c. § 46-48.

(2) § 24 initio, I. de *act.* 4, 6; L. 1, pr., D. de *edendo* 2, 15; Cf. L. 5, C. de *ann. except.* 7, 40. — (3) Nov. 112, c. 2.

(4) L. 1, C. de *form. subl.* 2, 58; L. 47, § 1, D. de *neg. gest.* 3, 5.

(5) Voyez aussi Nov. 96, prae. et c. 1; Nov. 112, c. 2.

(6) Nov. 112, c. 2; Nov. 96, prae. et c. 1; Cf. Nov. 55, prae. et c. 1-2, et Édit 7 de Justinien c. 5. — (7) D. *quar. rer. actio non datur* 44, 5.

(8) L. 17, § 1, C. de *dignit.* 12, 1; L. 12, § 2-3, L. 14, C. de *prox. sacr. scriin.* 12, 19. — LYDUS, de *magistrat.* III, 15. — (9) SYMMAQUE, *Epist.* X, 45.

(10) L. 6, pr., C. unde *vi* 8, 4; L. 3 i. f., C. qui *legit. pers.* 3, 6.

donner un récépissé (*libellus responsionis, contradictorii libelli*)⁽¹⁴⁾, et de payer les épices déterminées par la loi⁽¹²⁾. De plus il était obligé de fournir à l'huissier la caution *judicio sisti*⁽¹⁵⁾, par fidéjusseurs ou par serment suivant la qualité des personnes⁽¹⁴⁾; la fidéjussion portait sur la somme arbitrée par le juge d'après l'objet de la demande⁽¹⁵⁾. Faute de fournir la caution, le défendeur était placé sous la garde de l'huissier⁽¹⁶⁾ ou retenu en prison⁽¹⁷⁾, à l'exception de certaines personnes et surtout des femmes⁽¹⁸⁾.

5° Le défendeur cité devait comparaître après vingt jours⁽¹⁹⁾.

§ 401. De la contumace de l'une des parties⁽¹⁾.

HARTMANN. *Ueber das römische Kontumazialverfahren*. Göttingen, 1831.

BETHMANN-HOLLWEG. *Der römische Civilprozess* III, § 137, p. 500-511.

I. DE LA CONTUMACE DU DÉFENDEUR. Distinguons trois hypothèses :

A) *Le défendeur fugitif ou latitant rend la citation impossible.*

A la requête du demandeur, le juge somme le défendeur à trois reprises et par intervalles de dix jours de se présenter en justice (*tria edicta*); la troisième sommation (*edictum peremptorium*) l'avertit qu'à défaut de comparution il sera procédé par contumace⁽²⁾; parfois il n'y a qu'une seule sommation⁽³⁾. Si le défendeur ne répond

(14) Nov. 53, c. 3, § 2. — (12) THÉOPHILE, § 24, l. de act. 4, 6.

(15) Nov. 53, préf., c. 1, c. 3, pr. et § 2, et c. 4; § 2, l. de satisd. 4, 11.

(14) § 2, l. cit.; L. 13, D. qui satisd. cog. 2, 8; L. 26, § 6 initio, C. de episc. aud. 1, 4; L. 4, § 1 initio, C. de sport. 3, 2; L. 17, C. de dignit. 12, 1.

(15) L. 23, § 1, C. de episc. et cler. 1, 3; L. 4, § 1 initio, C. de sport. 3, 2; L. 8, § 8, C. de delat. 10, 11. — (16) L. 1, C. de sport. 3, 2. — (17) L. 6, C. de cust. reor. 9, 4.

(18) Nov. 134, c. 9. — L. 3, § 6, L. 3, § 6, C. de adv. div. judicum 2, 8. — L. 6, C. de profess. et med. 10, 32. — (19) Nov. 53, c. 3, § 1, cf. pr.

(1) Nos sources désignent la contumace par les mots *contumacia* ou *eremodicium* (de δίκην, procès, et ἔρημος, solitaire). — Ancien droit : BETHMANN-HOLLWEG, l. c. I, § 34, p. 111-114, et II, § 106, p. 333-372. — BONJEAN, l. c. I, § 193-199 et § 223-224. — KELLER, l. c. § 49, 65 et 69.

(2) L. 68-75, D. de jud. 3, 1; L. 33, § 1, D. de re judic. 42, 1; L. 8 initio, C. quomodo et quando 7, 43; PAUL, V, 3^a, § 7 initio; Cf. L. 33, D. de jud. 3, 1; L. 34, L. 39, § 3, D. de re judic. 42, 1. — (3) PAUL, V, 3^a, § 7 initio; L. 33, § 1, D. de re judic. 42, 1.

pas à la citation définitive⁽⁴⁾, la procédure par contumace continue comme suit :

1° Dans les actions réelles, le demandeur est admis à la preuve de son droit⁽⁵⁾ ; s'il ne la fournit point, le défendeur bien que défaillant, est absous⁽⁶⁾ ; dans le cas contraire, le demandeur obtient la possession du bien réclamé⁽⁷⁾, sans préjudice du droit du contumace d'agir plus tard au pétitoire. Mais le demandeur peut, s'il le veut, se borner à rendre son droit vraisemblable⁽⁸⁾, et sur cette seule preuve se faire envoyer provisoirement en possession de la chose⁽⁹⁾, sauf à restituer la possession au défendeur qui se représenterait dans l'année⁽¹⁰⁾, et le pétitoire demeurant toujours réservé⁽¹¹⁾.

2° S'il s'agit d'actions personnelles, le demandeur est obligé d'établir d'une manière complète le fondement de sa poursuite⁽¹²⁾, sinon le contumace est absous. Le demandeur qui satisfait à la preuve, est envoyé en possession des biens de son débiteur⁽¹³⁾, jusqu'à concurrence du montant de sa créance (*missio in possessionem contumaciæ coercendæ causâ*)⁽¹⁴⁾ ; ce n'est que dans le cas où plusieurs créanciers se présentent, que par suite de la déconfiture du débiteur, l'ensemble de ses biens est abandonné aux demandeurs⁽¹⁵⁾. Après l'envoi en possession, on attend encore pendant un délai inconnu⁽¹⁶⁾ la représentation du contumace, qui conserve le droit de se défendre moyennant caution et le remboursement des frais de la procédure⁽¹⁷⁾. Le délai expiré, il est procédé à la vente des biens saisis⁽¹⁸⁾.

B) Le défendeur régulièrement cité ne comparait point. Dans cette

(4) L. 7, pr., D. de in integr. restitut. 4, 1 ; L. 73, pr., D. de jud. 3, 1 ; SYMMAQUE, Epist. X, 43. — (5) L. 8 in medio, C. quomodo et quando 7, 43.

(6) Arg. L. 8 i. f., C. cit. — (7) L. 7, § 17-19, D. quib. ex caus. in poss. eat. 42, 4.

(8) L. 2 i. f., C. ubi in rem actio 3, 19.

(9) L. 2 i. f., C. cit. ; L. 8 i. f., C. quomodo et quando 7, 43 ; L. 8, § 5 in medio, C. de delat. 10, 11. — (10) L. 8, § 3, C. de præscr. 30 v. 40 ann. 7, 59.

(11) L. 8, § 5 in medio, C. de delat. 10, 11.

(12) L. 9, C. de B. A. J. P. 7, 72, *vis et eum tuum esse debitorem constat* ; Nov. 33, c. 4, § 1, *vis pro modo debiti probati*. — (13) L. 9, C. cit. ; Nov. 33, c. 4, § 1.

(14) L. 6, § 4 initio, C. de his, qui ad eccl. 1, 12 ; Nov. 33, c. 4, § 1, *vis pro modo debiti probati*. — (15) L. 10, C. de B. A. J. P. 7, 72. — (16) Cf. L. 9 i. f., C. cod.

(17) L. 33, § 1, D. de R. A. J. P. 42, 5 ; Nov. 33, c. 4, § 1 i. f.

(18) L. 9 i. f., C. de B. A. J. P. 7, 72.

seconde hypothèse, comme le défaillant a fourni la caution *judicio sisti*, le demandeur peut, soit poursuivre les fidéjusseurs lorsqu'il y en a⁽¹⁹⁾, soit faire condamner le défaillant à des amendes⁽²⁰⁾, soit enfin le faire amener de force en justice, en supposant qu'il parvienne à le trouver⁽²¹⁾. Si les deux premiers moyens ne déterminent pas le défendeur à comparaître, et que le troisième ne soit pas applicable parce que le défendeur est fugitif ou latitant, on procède comme dans la première hypothèse⁽²²⁾.

C) *Le défendeur, après avoir comparu, cesse de soutenir le procès.* On suit dans cette troisième hypothèse les mêmes règles que dans la seconde⁽²³⁾. Mais la procédure par contumace, inaugurée par les trois sommations, ne peut commencer que s'il importe de terminer le procès pour échapper à la péremption d'instance de trois ans⁽²⁴⁾; d'autre part, le jugement de condamnation prononcé contre le défendeur est définitif; il ne peut en arrêter l'exécution en offrant caution, ni, dans le cas d'une action réelle, agir encore au pétitoire⁽²⁵⁾.

II. DE LA CONTUMACE DU DEMANDEUR. Deux hypothèses sont possibles :

1° *Le demandeur ne comparait point.* Le défendeur a le choix entre deux partis. S'il désire seulement être renvoyé de l'instance, il est en droit de réclamer ce renvoi après dix jours ainsi que la condamnation du demandeur aux frais (*absolutio ab instantia*)⁽²⁶⁾; c'est notre congé-défaut qui ne met point le défendeur à l'abri d'une nouvelle poursuite. S'il veut en finir pour toujours, il y a lieu à la procédure par contumace : le demandeur est cité trois fois à un mois d'intervalle⁽²⁷⁾; puis on attend sa comparution pendant un an⁽²⁸⁾; le demandeur qui se représente avant l'expiration de ce délai, est admis à poursuivre le procès, en payant les frais déjà faits⁽²⁹⁾; s'il ne se

(19) L. 2, § 3, D. *qui satisd. cog.* 2, 8; L. 26, C. *de fidejuss.* 8, 41.

(20) AULU-GELLE, XI, 1; L. 2, § 1, D. *si quis in jus voc. non ierit* 2, 5; L. 1, § 3 i. f., D. *de inspic. vent.* 23, 4. — (21) Nov. 53, c. 4, pr. — (22) Voyez les notes 2-18.

(23) L. 13, § 3 initio cbn. avec § 2, C. *de jud.* 5, 1.

(24) L. 13, § 3 initio cbn. avec § 2 initio, C. cit.; L. 13, § 3, C. cit.

(25) L. 13, § 3 i. f., C. cit. — (26) Nov. 53, c. 1; Nov. 69, c. 3, pr.

(27) Nov. 112, c. 3, pr. — (28) Nov. 112, c. 3, § 2 initio.

(29) Nov. 112, c. 3, § 2 in medio; Cf. L. 13, C. *de jud.* 5, 1.

présente point⁽⁵⁰⁾ ou qu'il fasse une seconde fois défaut⁽⁵¹⁾, le défendeur est entendu dans ses moyens de preuve, et le juge prononce la sentence définitive⁽⁵²⁾, pour le défendeur (*absolutio ab actione*) ou contre lui.

2° Le demandeur, après avoir comparu, cesse de soutenir le procès. La procédure est la même que dans le cas précédent⁽⁵³⁾, avec cette différence que la procédure par contumace ne peut être réclamée par le défendeur que pour autant que la péremption triennale soit à craindre⁽⁵⁴⁾.

III. RÈGLES COMMUNES A LA CONTUMACE DES DEUX PLAIDEURS.

1° Le contumace, bien qu'obtenant gain de cause, est condamné à tous les frais du procès, car c'est lui qui les a occasionnés par son défaut⁽⁵⁵⁾.

2° La voie de l'appel est exclue ; en présence des délais considérables accordés au contumace, il était juste que le débat fût terminé en première instance⁽⁵⁶⁾.

§ 402. De la *litis contestatio*.

C. de *litis contestatione* 3, 9.

KELLER. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht* § 1-23. Zurich, 1827.

SINTENIS. *Erläuterungen über verschiedene Lehren des Zivilprozesses* I, n° 4. Giessen, 1840.

HEIMBACH. *Weiske's Rechtslexikon* VI, p. 685-729 (1843).

BUCHKA. *Die Lehre vom Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniss* I, § 10, et II, § 12-16, 18-22. Rostock et Schwerin, 1846-1847.

ROSSHIRT. *Zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht*. Heidelberg, 1848.

BEKKER. *Die prozessualische Konsumtion im klassischen römischen Rechte*. Berlin, 1853.

(50) Nov. 112, c. 3, § 2 initio. — (51) Nov. 112, c. 3, § 2 i. f.

(52) Nov. 112, c. 3, § 2 initio et i. f.

(53) Nov. 112, c. 3, pr. et § 2; L. 13, C. de jud. 3, 1; Cf. L. 13, § 2, C. eod.

(54) L. 13, § 2 initio et 3, C. de jud. 3, 1.

(55) L. 15, § 2 in medio, C. eod.; Nov. 49, c. 1, pr. in medio. — L. 13, C. de jud. 3, 1, et notes 17 et 29.

(56) PAUL, V, 51, § 7; L. 73, § 3, D. de jud. 3, 1; L. 25, § 3, D. de appell. 49, 1; L. 13, § 4 i. f., C. de jud. 3, 1; C. quor. appell. non recip. 7, 63; Nov. 82, c. 3.

I. *Notion de la litis contestatio.* La *litis contestatio* (encore *lis inchoata*, *judicium acceptum*, etc.) était, à l'époque classique, le dernier acte *in jure*, par lequel les plaideurs prenaient les assistants pour témoins de ce qui s'était passé devant le magistrat, en leur adressant les mots *testes estote*⁽¹⁾. Dans la procédure nouvelle de Dioclétien, on entend par *litis contestatio* le premier acte de la procédure contradictoire, lorsque le demandeur ayant développé l'objet de son action, le défendeur en combat le fondement : *litis contestatio est narratio proposita et contradictio objecta*⁽²⁾; la *litis contestatio* est ainsi devenue le début du procès contradictoire (*primordium litis*)⁽³⁾; c'est l'acceptation du litige par le défendeur⁽⁴⁾.

II. *Effets de la litis contestatio.* A) Anciennement la *litis contestatio* novait, en vertu d'un quasi-contrat⁽⁵⁾, le droit originaire du demandeur⁽⁶⁾; c'est la novation dite nécessaire⁽⁷⁾. D'un côté le droit originaire du demandeur était anéanti (*litis consumtio*)⁽⁸⁾ : il ne pouvait plus servir de base à une poursuite ultérieure⁽⁹⁾, peu importe que celle-ci n'eût rien de contraire à la chose jugée⁽¹⁰⁾; si l'action était à la fois personnelle, civile et poursuivie civilement (*legitimo judicio*), le droit du demandeur périssait *ipso jure*⁽¹¹⁾; si elle ne réunissait pas les trois caractères indiqués, et si partant une novation proprement dite du droit poursuivi était impossible, ce droit s'éteignait au moins par la voie d'une exception *rei in judicium deducte*⁽¹²⁾. D'un autre côté, à la place de son droit originaire, le demandeur avait un droit éventuel à la condamnation de son adversaire (*obligatio condemnari oportere*)⁽¹³⁾; et ce nouveau rapport juridique

(1) FESTUS, v° *Contestari*; Cf. ULPEN, XX, 9.

(2) L. 14, § 1 initio, C. de jud. 3, 1; Cf. L. 2, pr. in medio, C. de jurejur. propter calumn. 2, 39; L. un. i. f., C. h. t. — (3) L. 2, pr. in medio, C. cit.

(4) BETHMANN-HOLLWEG, *Gerichtsverf. u. Prozess des sinkenden R. R.* § 25 in medio.

(5) L. 5, § 11 i. f., D. de pec. 15, 1; L. 22, D. de tut. act. 27, 5.

(6) GAIUS, III, 180; *Fatic. fragm.* 265 i. f.; L. 11, § 1, D. de novat. 46, 2.

(7) Cf. L. 29, D. eod. — (8) GAIUS, III, 180 initio; L. 23, D. de solut. 46, 5.

(9) GAIUS, III, 181 initio. — (10) GAIUS, IV, 53 initio. — T. I, § 175, 1.

(11) GAIUS, III, 181 initio; IV, 107. — Cf. T. II, § 578, II, A.

(12) GAIUS, III, 181 i. f.; IV, 106. — (13) GAIUS, III, 180.

comprenait l'ancien en principal et accessoires, car il eût été déraisonnable de priver le demandeur des garanties attachées à sa créance et d'empirer sa position parce qu'il poursuivait son droit⁽¹⁴⁾.

B) Dans la législation de Justinien, la *litis contestatio* ne produit plus une novation de l'ancien rapport juridique⁽¹⁵⁾; elle le maintient, en y ajoutant le droit à la condamnation du défendeur⁽¹⁶⁾; ce nouveau lien qui s'établit entre parties, explique les règles suivantes :

1° L'action une fois arrivée à la *litis contestatio* se transmet aux héritiers des deux plaideurs, fût-elle intransmissible par elle-même⁽¹⁷⁾.

2° L'action est dorénavant soumise à la longue prescription, bien que jusque-là elle se prescrivait par un court espace de temps; les actions temporaires sont perpétuées⁽¹⁸⁾. Nous nous référons à ce sujet aux explications présentées dans la théorie de la prescription⁽¹⁹⁾.

3° Le demandeur doit être repoussé si son action n'était pas fondée à l'époque de la *litis contestatio*, quoiqu'elle le soit devenue dans le cours du procès⁽²⁰⁾. Réciproquement, le demandeur à une action réelle fondée au moment de la *litis contestatio* obtient gain de cause, quoique son droit réel soit venu à s'éteindre depuis⁽²¹⁾. Mais l'on doit en décider autrement lorsque l'obligation que présuppose la naissance de toute action, réelle ou personnelle, a pris fin conformément aux principes généraux sur l'extinction des obligations : alors le défendeur doit être absous, car l'action n'a plus d'objet⁽²²⁾; cette règle reçoit surtout son application au cas où le défendeur offre de

(14) L. 29, D. de novat. 46, 2; L. 22, D. de tut. act. 27, 3; L. 86, L. 87 initio, D. de R. J. 50, 17. — RIBBENTROP, *De necessariis, quam vocant, novatione*, Göttingen, 1822.

(15) Arg. L. 28, C. de fidejuss. 8, 41; L. 1, pr., L. 2, B, pr., C. de plus petit. 3, 10. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 160, *Ann.* initio.

(16) L. 5, § 11 i. f., D. de pec. 15, 1; L. 22, D. de tut. act. 27, 3.

(17) § 1 i. f., l. de perpet. et temp. act. 4, 12; L. 8, § 1 i. f., D. de fidejuss. et nomin. 27, 7; L. 26, L. 58, D. de O. et A. 44, 7; L. 13, pr., D. de injur. 47, 10; L. 87 i. f., L. 159, pr., L. 164, D. de R. J. 50, 17.

(18) L. 8, § 1 i. f., D. de fidejuss. et nomin. 27, 7; L. 159, pr., D. de R. J. 50, 17.

(19) T. II, § 579, II, B, 3^e, b.

(20) L. 23, L. 55, D. de jud. 5, 1; L. 7, § 7, D. ad exhib. 10, 4; Cf. L. 17, D. mand. 17, 1. — (21) L. 18, D. de R. V. 6, 1 (T. I, § 110, II, 2^e).

(22) L. 40, pr., D. de H. P. 3, 3; L. 14, § 1, D. depos. 16, 3.

satisfaire le demandeur : *omnia judicia absolutoria sunt* ⁽²⁵⁾. Il n'est pas moins rationnel que les conditions matérielles de l'exercice d'une action s'apprécient à l'époque du jugement ⁽²⁴⁾.

4° L'action du demandeur étant reconnue fondée, on détermine l'étendue de la condamnation à prononcer contre le défendeur en se reportant à l'époque de la *litis contestatio*. A dater de ce moment, le défendeur doit les fruits ⁽²⁵⁾ ou les intérêts ⁽²⁶⁾, et répond de toute faute lorsqu'il n'en répondait pas déjà auparavant ⁽²⁷⁾. Mais de même qu'on considère l'instant du jugement pour savoir si l'action est fondée quant à ses conditions matérielles ⁽²⁸⁾, c'est aussi lors de la sentence que s'estime le montant de la condamnation, du moins dans les actions de bonne foi ⁽²⁹⁾.

5° Après la *litis contestatio* ⁽³⁰⁾ le demandeur ne peut plus céder son action à un tiers, car l'on ne doit pas trafiquer des procès ⁽³¹⁾; si la cession a cependant eu lieu, elle est considérée comme non avenue vis-à-vis du défendeur, qui peut opposer au cessionnaire l'*exceptio litigiosi* ⁽³²⁾. En outre, à cause du nouveau rapport juridique que la *litis contestatio* crée entre parties, ni le demandeur ni le défendeur ne peuvent aliéner la chose litigieuse tant que dure le procès ⁽³³⁾. Par exception à ces règles, l'aliénation d'une action intentée ou de la chose litigieuse est permise quand elle se fait à l'occasion d'un partage, en exécution d'un legs, ou en vue de constituer une dot ou une donation nuptiale ⁽³⁴⁾.

(25) § 2, l. de *perpet. et tempor. act.* 4, 12; Cf. GAIUS, IV, 114.

(24) L. 18, § 1, D. de *H. P.* 3, 5; L. 27, § 1, D. de *R. V.* 6, 1; L. 7, § 4-6, L. 8, D. ad *exhib.* 10, 4. — L. 30, pr., D. de *pec.* 13, 1. — L. 13, pr., L. 33 in medio, D. S. M. 24, 3. — (25) T. I, § 122, I, A, 2°.

(26) L. 2, L. 3, § 1, L. 10, L. 38, § 7, D. de *usur. et fruct.* 22, 1.

(27) L. 20, § 11, L. 31, § 1, D. de *H. P.* 3, 5; L. 2 i. f., C. de *usur. et fruct. legat.* 6, 47; Arg. L. 34, D. de *usur.* 22, 1. — (28) Voyez note 24.

(29) L. 3, § 2, D. *commod.* 13, 6; L. 22 initio, D. de *R. C.* 12, 1; L. 4 initio, D. de *condict. tritic.* 13, 3; Non obstat L. 3 initio, D. *cod.*

(30) L. 1, § 1 initio, D. de *litig.* 44, 6; L. 2 initio, L. 4, pr. initio, D. *cod.* 8, 37; Cf. Nov. 112, c. 1 initio. — (31) L. 2 initio, L. 4, pr. initio, C. de *litig.* 8, 37.

(32) L. 2 i. f., C. h. t.; Cf. GAIUS, IV, 117 i. f., et L. 1, § 1, D. de *litig.* 44, 6.

(33) L. 2, l. 4, pr. initio, C. *cod.* 8, 37; L. 1, § 2, D. *quæ res pign.* 20, 3; L. 1, § 1, D. de *litig.* 44, 6; GAIUS, IV, 117 i. f.; Cf. L. 4, pr. i. f. et § 1, C. *cod.* 8, 37.

(34) L. 4, § 1 i. f., C. *cod.*; Cf. Nov. 112, c. 1 in medio. — BACHOFEN, *Ausgewählte*

§ 402^{bis}. *Des exceptions.*

- I. de exceptionibus 4, 13; D. de exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis 44, 1;
C. de exceptionibus seu præscriptionibus 8, 36.

KNAPPE. *Entwicklung des Begriffs der Exzeptionen mit Rücksicht auf die Beweislust.*
Munich, 1853.

ALBRECHT. *Die Exzeptionen des gemeinen deutschen Zivilprozesses geschichtlich entwickelt.*
Munich, 1853.

I. *Notion de l'exception.* Dans le sens large, on entend par exception (*exceptio, præscriptio, defensio*)⁽¹⁾ toute allégation faite en justice par le défendeur ou par le demandeur en vue de repousser les moyens de son adversaire⁽²⁾; c'est ainsi qu'à l'action du demandeur le défendeur peut opposer une exception proprement dite; l'exception est de nature à provoquer une réplique du demandeur; à cette réplique le défendeur peut répondre par une duplique; contre la duplique le demandeur peut disposer d'une triplique, et ainsi de suite⁽³⁾; en fait, la duplique épuise presque toujours la preuve. Mais, dans le sens étroit et technique, on ne donne le nom d'exceptions qu'aux allégations du *défendeur* en vue de repousser l'action du demandeur⁽⁴⁾. On ne peut considérer comme telle la simple contestation du fondement de l'action, la *litis contestatio negativa*; cette contestation n'est pas une défense, elle n'a d'autre but que de forcer le demandeur à prouver la base de son action⁽⁵⁾. Au contraire il y a exception véritable, que l'allégation du défendeur tende seulement à rendre inefficace le droit du demandeur ou à le détruire *ipso jure*. Il est vrai que dans le dernier cas les juristes classiques ne parlent

Lehren des römischen Civilrechts n° 2, Bonn, 1848. — BRINCKMANN, *Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität*, Kiel, 1849. — FRIEDENTHAL, *De rerum litigiosarum alienatione ex jure Romano*, Berlin, 1849. — ZIMMERMANN, *Civil Archiv* XXXV, p. 451 sq., XXXVI, p. 49 sq., et *Archiv für prakt. Rechtswiss.* I, 2^{de} livr., p. 3 sq. (1832-1833).

(1) L. 3, D. h. t.; L. 32, pr., D. de jud. 3, 1; L. 11, C. h. t.

(2) L. 2, § 1, D. 22, § 1, D. h. t.

(3) GAIUS, IV, 126-129; pr., § 1-3, I. de replic. 4, 14; L. 2, § 1 et 3, D. h. t.

(4) L. 12, § 1 initio, D. de interrog. in jure 11, 1; L. 2, pr., D. h. t.; L. 10, C. h. t.

(5) L. 9, C. h. t.

point d'une exception, parce que la formule ne contenait pas la mention de ce moyen de défense⁽⁶⁾; la mention était inutile; le droit du demandeur ayant péri *ipso jure*, son action manquait de fondement comme si le droit n'avait jamais existé, et le juge devait absoudre le défendeur comme dans cette hypothèse, sans avoir besoin d'une instruction spéciale. Mais ce motif ayant perdu sa valeur dans la procédure de Justinien, on ne doit plus, en fixant la notion de l'exception, avoir égard qu'à la nature des choses; or il n'existe aucune différence intrinsèque entre les allégations par lesquelles le défendeur veut détruire le droit même servant de base à l'action du demandeur, et les allégations qui tendent à rendre ce droit inefficace; dans les deux cas, le défendeur supporte la charge de la preuve.

II. *Divisions des exceptions.* 1° Les exceptions sont péremptoires ou dilatoires⁽⁷⁾. Les exceptions péremptoires (*exceptiones peremptoriae, perpetuae, perpetuae et peremptoriae*) sont celles dirigées contre le droit même que s'attribue le demandeur, dans le but de le détruire ou de le paralyser, de manière à repousser pour toujours le demandeur⁽⁸⁾. Les exceptions dilatoires (*exceptiones dilatoriae, temporales, temporales et dilatoriae*) sont dirigées moins contre le droit du demandeur que contre son action telle qu'elle est actuellement intentée; elles ne s'opposent pas à ce que l'action soit reprise plus tard dans les conditions voulues⁽⁹⁾. Par suite de cette diversité de nature, les exceptions péremptoires peuvent être invoquées jusqu'au jugement⁽¹⁰⁾, tandis que les exceptions dilatoires doivent l'être, à peine de déchéance, au début du procès⁽¹¹⁾.

2° Les exceptions se divisent encore en réelles et personnelles.

(6) GAIUS, III, 168. — (7) GAIUS, IV, 120; § 8, I. h. t.; L. 2, § 4, L. 3 initio, D. h. t.

(8) GAIUS, IV, 121; § 9, I. h. t.; L. 3 in medio, D. h. t.

(9) GAIUS, IV, 122; § 10 initio et 11 initio, I. h. t.; L. 2, § 4 in medio, L. 3 i. f., D. h. t.

(10) L. 2 initio, C. sent. resc. non posse 7, 30; L. 8, L. 4, C. h. t.

(11) L. 19 initio, C. de probat. 4, 19; L. 13, C. h. t.; L. 13, C. de procur. 2, 13; L. 12, C. h. t. — Sous la procédure formulaire, il en était de même des exceptions péremptoires s'il s'agissait d'une action de droit strict : l'exception devait être insérée dans la formule pour que le juge pût y avoir égard (SÉNÈQUE, de benef. III, 7; de clem. II, 7).

Les exceptions réelles (*exceptiones rei coherentes*) sont inhérentes à un rapport juridique : activement, elles appartiennent à tous ceux qui se trouvent placés dans ce rapport⁽¹²⁾ et à leurs héritiers⁽¹³⁾, voire même à leurs successeurs particuliers s'il s'agit d'une exception relative à une chose⁽¹⁴⁾ (*exceptio in rem scripta*)⁽¹⁵⁾ ; passivement, l'exception réelle se donne contre celui vis-à-vis duquel elle a pris naissance et contre ses héritiers, et de plus contre ses successeurs particuliers si elle est relative à une chose⁽¹⁶⁾. Les exceptions personnelles (*exceptiones personæ coherentes*) sont attachées à des personnes déterminées, à l'exclusion de toute autre et même des héritiers des parties⁽¹⁷⁾. Mais l'on comprend que la personnalité d'une exception ne soit pas également absolue dans tous les cas : l'exception peut être simplement personnelle du côté du demandeur⁽¹⁸⁾ ou du côté du défendeur⁽¹⁹⁾, ou encore ne pas être si personnelle qu'elle ne passe au moins aux héritiers⁽²⁰⁾.

III. Extinction des exceptions. Les exceptions s'éteignent :

1° Par la disparition de l'une de leurs conditions essentielles⁽²¹⁾.

2° Par la négligence du défendeur qui n'a pas fait valoir l'exception dilatoire au début du procès⁽²²⁾.

3° Par le jugement qui statue sur l'exception⁽²³⁾.

Mais la prescription est inapplicable aux exceptions ; en effet, elle a pour base la négligence de l'ayant-droit⁽²⁴⁾ ; or, on ne peut

(12) L. 7, § 1, D. h. t.; § 4 initio, I. de replic. 4, 14. — (13) Arg. L. 7, § 1, D. h. t.

(14) L. 3, pr., D. de exc. rei vend. et trad. 21, 5 ; L. 14, § 1, D. comm. divid. 10, 5, v^o Ceterum si alienavero expensæ retineantur ; L. 28, C. de evict. 8, 45.

(15) L. 2, § 2, cbn. avec L. 4, § 53, D. de doli mali exc. 44, 4 ; Cf. Vatic. fragm. 266 i. f. — (16) L. 4, § 53, D. de doli mali exc. 44, 4.

(17) L. 7, pr., D. h. t.; L. 23, § 1, D. de pact. 2, 14.

(18) L. 2, § 1-2, D. de doli mali exc. 44, 4 ; L. 37, § 1, D. de pact. 2, 14.

(19) L. 24-25, D. de re judic. 42, 1 ; L. 17, § 5, L. 37, § 1, D. de pact. 2, 14.

(20) Pour d'autres divisions des exceptions, voyez : 1° GAIUS, IV, 118 ; § 7, I. h. t. — 2° L. 21, D. de præscr. verb. 19, 5 ; L. 4, § 16, cbn. avec L. 2, § 5, D. de doli mali exc. 44, 4 ; Vatic. fragm. 310. — 3° GAIUS, IV, 135 ; L. 16, L. 18, L. 21, D. h. t.; L. 34, D. de jud. 3, 1. — (21) L. 3 i. f., D. h. t.; L. 14, pr., C. de non num. pec. 4, 30.

(22) L. 15 initio, C. de procur. 2, 13. — (23) L. 8, § 2, D. de neg. gest. 3, 5.

(24) T. II, § 379, I.

reprocher aucune négligence au défendeur que l'inaction de son adversaire a mis dans l'impossibilité d'user de son exception : *quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* ⁽²³⁾.

§ 403. De la preuve.

D. de probationibus et præsumtionibus 22, 3; C. de probationibus 4, 19.

BETHMANN-HOLLWEG. *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses* n° 3. Berlin et Stettin, 1827.

SCHNEIDER. *Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtsachen*. Giessen, 1842 (2^e édition par Hoffmann; 1^{re} de 1803).

WEBER. *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess*. Leipzig, 1845 (5^{me} édition annotée par Heffter; 1^{re} de 1805).

LANGENBECK. *Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*. Leipzig, 1858-1861, 3 parties.

ENDEMANN. *Die Beweislehre des Zivilprocesses*. Heidelberg, 1860.

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX. A) *Qui doit prouver* ⁽¹⁾? La réponse à cette question se trouve dans les deux règles suivantes :

1° Tout plaideur qui invoque à son appui un fait matériel contesté par son adversaire, supporte la charge de la preuve, peu importe qu'il allègue un fait positif ou qu'il en nie l'existence; l'adversaire qui conteste n'a rien à prouver; l'adage *affirmanti non neganti incumbit probatio* n'est vrai que pour autant qu'on l'entende en ce sens ⁽²⁾. En particulier le demandeur doit établir le fondement de son action : *actor probat actionem*; en d'autres termes, il est tenu de prouver l'existence du droit qui sert de base à son action, et la lésion de ce droit par le défendeur, car telles sont les conditions générales de toute action; la circonstance que le défendeur nie ces conditions (*litis contestatio negativa*), ne saurait dispenser le demandeur d'établir ce qu'il a allégué le premier ⁽³⁾. De son côté, le défen-

(23) L. 3, § 6, D. de doli mali exc. 44, 4; L. 3, C. h. t.

(1) GERBER, *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast*, Léna, 1858. — MAXEN, *Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen*, Göttingen, 1861.

(2) L. 2, D. h. t.

(3) L. 2, D. h. t.; L. 23, C. h. t.; § 4 in medio, I. de interd. 4, 13; L. 21, D. h. t.; L. 2, L. 8, C. h. t.; L. 28, C. de R. V. 3, 32.

deur qui oppose des exceptions proprement dites, a besoin de les prouver : *reus excipiendo fit actor* (4).

2° Le plaideur qui doit établir un certain droit, peut se borner à en prouver l'acquisition ; il n'est pas tenu de prouver que le droit lui appartient encore au moment de la poursuite, c'est à son adversaire à en établir la perte ; en effet, l'acquisition d'un droit étant constante, il est naturel d'en présumer la continuation jusqu'à preuve contraire. La règle énoncée s'applique au demandeur (5) et au défendeur.

B) *Comment se fait la preuve ?* On doit se tenir aux modes de preuve reconnus par la loi : le juge ne peut en admettre d'autres, bien qu'il ait la conviction personnelle de leur véracité ; et réciproquement, il est obligé de s'incliner devant une preuve légale lors même qu'il est convaincu de sa fausseté ; un système de preuve ayant été sanctionné par le législateur comme le meilleur, le plus sûr était de l'observer dans tous les cas. Le droit romain connaît cinq modes principaux de preuve : la preuve littérale, la preuve testimoniale, l'aveu, le serment et les présomptions ; nous allons les examiner successivement.

II. DE LA PREUVE LITTÉRALE (D. *de fide instrumentorum et amissione eorum* 22, 4 ; C. *de fide instrumentorum et amissione eorum, et antapochis faciendis, et de his, quæ sine scriptura fieri possunt* 4, 21).

1° *Des titres publics.* On appelle publics (*instrumenta publice confecta, documenta publica*) les titres reçus par une autorité publique ou par un tabellion (6). Entre parties ils font pleine foi (7) quant aux faits que l'officier public ou le tabellion a constatés par lui-même ; ces faits sont réputés vrais jusqu'à preuve de faux, car s'ils sont mensongers, l'officier public ou le tabellion a dû commettre un faux ; tels sont la date (8) et le fait matériel des déclarations des parties. Mais quant à la sincérité de ces déclarations, le titre public ne

(4) L. 1, D. *de except.* 44, 1 ; L. 19, D. *h. t.* — § 402bis, 1.

(5) L. 1, C. *h. t.* ; L. 12, D. *h. t.*, v^{us} *nam si creditum cogendus est.*

(6) T. II, § 589, VI, A. — (7) L. 10, D. *de probat.* 22, 5 ; L. 6, C. *de re judic.* 7, 52.

(8) L. 11, C. *qui pot.* 8, 18. — T. I, § 167, I, A, 1°.

vaut que jusqu'à preuve contraire⁽⁹⁾. — A l'égard des tiers, le titre public prouve jusqu'à preuve de faux les constatations personnelles du rédacteur⁽¹⁰⁾.

2° *Des titres privés*. Les titres privés ont entre parties la même force probante que les titres publics, mais seulement après que leur authenticité a été établie. A cette fin, le souscripteur est appelé à reconnaître ou à désavouer l'écrit ; s'il le reconnaît, son aveu prouve que l'écrit est authentique ; s'il le désavoue, le porteur du billet doit établir son authenticité par les moyens ordinaires de preuve, et surtout par la comparaison d'autres pièces émanant d'une manière certaine du prétendu signataire de l'écrit désavoué⁽¹¹⁾. — Vis-à-vis des tiers, le titre privé est sans valeur même après la constatation de son authenticité ; cette constatation est pour les tiers une *res inter alios acta*. Cependant, le titre privé d'hypothèque, s'il est signé par trois témoins, fait foi contre les autres créanciers hypothécaires jusqu'à preuve contraire ; il forme dans ce cas spécial un titre quasi-public⁽¹²⁾.

3° *Des titres émanés d'une seule partie*. Les titres émanés d'une seule partie litigante ne font jamais foi en faveur de cette partie, par la raison que personne ne peut se créer un titre à soi-même⁽¹³⁾ ; ces titres ne peuvent valoir que comme un commencement de preuve par écrit⁽¹⁴⁾. Mais ils font quelquefois preuve contre leur auteur, surtout les registres des banquiers ou changeurs⁽¹⁵⁾.

4° *Des copies de titres*. Les copies de titres sont en général dépourvues de force probante, que l'original existe encore ou non⁽¹⁶⁾. Cependant, si elles ont été tirées en présence des parties intéressées

(9) Cf. BAYER, *Civilprocess* p. 491-492 et p. 499, ebn. avec p. 241-242.

(10) L. 11, C. *qui pot.* 8, 18.

(11) L. 16, pr., L. 20, C. *h. t.* ; Nov. 49, c. 2 ; Nov. 75, c. 6 ; Authent. *Illud etiam judicavimus*, ad L. 20, C. *h. t.*

(12) L. 11 i. f., C. *qui pot.* 8, 18. — T. I, § 167, I, A, 1°.

(13) L. 6-7, C. *de probat.* 4, 19 ; L. 6, C. *de testam.* 6, 23 ; Nov. 48, c. 1, § 1 initio.

(14) L. 5, C. *de probat.* 4, 19 ; L. 26, § 2 i. f., D. *depos.* 16, 3.

(15) L. 9, § 2, D. *de edendo* 2, 15 ; Arg. L. 27, § 1 initio, D. *de furt.* 47, 2.

(16) L. 2, D. *de fide instrum.* 22, 4 ; Arg. L. 7 i. f., C. *de edendo* 2, 1.

et que l'original ait péri, elles tiennent lieu de cet original; elles forment alors en quelque sorte un titre nouveau (17).

5° *Des titres récongnitifs*. Les titres récongnitifs, c'est-à-dire ceux faits dans le but de reconnaître le titre primordial, font foi à défaut de ce dernier, car ils doivent toujours céder devant lui (18). De simples mentions accidentelles d'un titre dans un titre subséquent sont sans valeur (19).

III. DE LA PREUVE TESTIMONIALE (D. 22, 3, et C. 4, 20, de testibus).

A) *Règles générales*. Le droit romain admet la preuve testimoniale dans toute sorte de contestations (20), même contre un titre (21); mais il l'entoure de restrictions nombreuses pour en prévenir les abus :

1° Un seul témoignage ne fait généralement pas une preuve complète (22), ce qui a donné lieu au brocard fameux : *testis unus testis nullus*; néanmoins cette règle n'est pas absolue (23). Deux témoins peuvent faire foi entière (24).

2° Le juge jouit de la plus grande latitude dans l'appréciation de la valeur des témoignages (25).

3° Le témoin doit déposer sur des faits constatés par lui-même et non sur de simples ouï-dire (26).

B) *Des expertises*. Les experts sont des hommes de l'art chargés par le juge de constater certains faits qui supposent des connaissances spéciales; tels sont surtout les priseurs (27) et les arpen-

(17) BAYER, *Civilprocess* p. 497-498 cbn. avec p. 490. — (18) Cf. L. 14, C. h. t.

(19) Nov. 119, c. 3; Authent. ad L. 7, C. de edendo 2, 1. — BAYER, l. c. p. 493-496.

(20) L. 13, C. de fide instrum. 4, 21.

(21) § 12 i. f., l. de inutil. stipul. 3, 19; L. 18, C. de probat. 4, 19; Nov. 73, c. 3; Voyez cependant PAUL, V, 13, § 4; L. 1, C. h. t.; L. 23, § 4 i. f., D. de probat. 22, 3; L. 13 in medio, C. de non numer. pec. 4, 50. — BAYER, l. c. p. 604-603. — LANGENBECK, l. c. p. 613-616. — (22) L. 9, § 1, C. h. t.

(23) L. 21, § 1, C. ad leg. Corn. de fals. 9, 22. — LANGENBECK, p. 503-508.

(24) L. 12 cbn. avec L. 1, § 2, D. h. t. — Dans certains cas il faut trois ou cinq témoins (L. 13, § 1 i. f., C. h. t.; T. I, § 191, 4°. — L. 18, C. h. t.; T. II, § 289, IV, 4°).

(25) L. 3, § 1-2, D. h. t. — (26) Nov. 90, c. 2, vis *Vana autem illa*.....

(27) L. 6, § 1, C. de sec. nupt. 3, 9, vis *justi pretii aestimatione*..... *sacramento*.

teurs⁽²⁸⁾. A Rome ils étaient tantôt un, tantôt plusieurs⁽²⁹⁾; le juge les nommait⁽³⁰⁾ d'après des présentations faites par chaque partie⁽³¹⁾. L'expertise était peu usitée dans la procédure anté-dioclétienne, parce que le magistrat pouvait renvoyer les plaideurs devant un juge expert.

IV. DE L'AVEU (D. 42, 2, et C. 7, 39, *de confessis*).

BETHMANN-HOLLWEG. *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses* n° 4, p. 230-318. Berlin et Stettin, 1827.

GESTERDING. *Ausbeute von Nachforschungen* II, p. 91-160 (1827).

BRACKENHOEFT. *Civil Archiv* XX, p. 248 sq. et 562 sq. (1837).

L'aveu se divise en judiciaire et extrajudiciaire : le premier est celui fait en justice à l'occasion du procès qu'il s'agit de décider; tout autre aveu est extrajudiciaire. Il résulte de là que l'aveu fait dans un procès antérieur est extrajudiciaire au point de vue du procès actuel, car à ce point de vue il manque de la même solennité que l'aveu qui a eu lieu hors du tribunal⁽³²⁾.

A) De l'aveu judiciaire : 1° Ses conditions.

a) L'aveu doit être fait par un plaideur capable d'aliéner⁽³³⁾ ou par un représentant ayant le pouvoir d'aliéner⁽³⁴⁾; la raison en est que l'aveu faisant droit contre la partie en aveu, constitue une véritable renonciation au litige.

b) Pour le même motif, la validité de l'aveu suppose un rapport juridique qui ne touche pas à l'ordre public⁽³⁵⁾.

c) L'aveu doit consister dans une déclaration expresse⁽³⁶⁾.

(28) L. 8, D. *fin. regund.* 10, 1 (T. II, § 271, II, B). — Voyez encore Table de Malaga c. 64-65; L. 1, pr. in medio, D. *de inspic. ventre* 23, 4; Nov. 64.

(29) Nov. 7, c. 3, § 2, *vis duo insignes mechanici aut architecti, vel etiam unus, si civitas unum solum habeat*; L. 6, § 1, C. *de sec. nupt.* 3, 9, *vis justi pretii aestimatione sacramento*. — (30) L. 8, D. *fin. regund.* 10, 1; L. 3, C. *cod.* 3, 39.

(31) L. 6, § 1, C. *de sec. nupt.* 3, 9, *vis quos utraque pars elegerit*.

(32) Arg. L. 22, D. *de interrog. in jure* 11, 1. — BAYER, *Civilprocess* p. 402-403 et 411

(33) L. 6, § 3, D. *h. t.*

(34) L. 6, § 4, D. *h. t.*; Cf. L. 23, § 1, D. *ad leg. Aquil.* 9, 2, et L. 20, pr. i. f., D. *de interrog. in jure* 11, 1. — (35) L. 6, L. 24, L. 39, C. *de liber. causa* 7, 16.

(36) L. 142, D. *de R. J.* 50, 17.

d) Il ne peut être vicié par une erreur de fait⁽³⁷⁾.

2° *Effets*. L'aveu judiciaire fait foi absolue contre celui de qui il émane; toute preuve contraire est exclue; la partie en aveu s'est condamnée elle-même : *in jure confessus pro judicato habetur*⁽³⁸⁾. Mais l'aveu est indivisible : l'adversaire doit l'accepter en entier ou renoncer à s'en prévaloir; cette règle qui n'est pas consacrée par nos sources, est de toute évidence⁽³⁹⁾. — Dans la procédure classique, l'aveu judiciaire produisait encore des effets plus décisifs s'il avait eu lieu devant le magistrat (*in jure*) : il équivalait alors à une condamnation; celle-ci ne devait plus être prononcée⁽⁴⁰⁾, l'exécution était aussitôt possible⁽⁴¹⁾; c'est à cette règle que font allusion les mots *IN JURE confessus pro judicato habetur*. Mais, comme l'exécution supposait essentiellement une somme d'argent⁽⁴²⁾, toutes les fois que l'aveu portait sur autre chose⁽⁴³⁾, il fallait renvoyer les parties devant un juge pour faire liquider la condamnation⁽⁴⁴⁾; cette action s'appelait confessoire ou interrogatoire, suivant que l'aveu avait été fait spontanément par le défendeur ou à la suite d'une question que lui avait posée le demandeur au sujet de sa qualité⁽⁴⁵⁾. Sous Justinien ce système a disparu avec la distinction du *jus* et du *judicium*⁽⁴⁶⁾.

B) *De l'aveu extrajudiciaire*. L'aveu extrajudiciaire se sépare de l'aveu judiciaire sous les rapports suivants :

1° Il peut se faire d'une manière quelconque.

(37) L. 2, D. h. t.; L. 11, § 8, D. de interrog. in jure 11, 1; L. 7, C. de jur. et facti ignor. 1, 18. — Voyez encore L. 14, § 1, D. de interrog. in jure 11, 1; L. 8, D. h. t.

(38) L. 1, L. 3, L. 6, § 2, D. h. t.; L. un., C. h. t.

(39) MAYNZ, *Cours de D. R. I.*, § 154, et notes 25 et 26. — LINDE, *Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozeß* I, p. 88-124, Bonn, 1825. — SCHÜTZ, *Dissertatio de confessione qualificata*, Tübingen, 1826. — FRANCKE (A. W. S.), *Versuch über das qualifizierte Geständnis*, Kiel, 1852. — (40) PAUL, V, 5°, § 2 initio.

(41) PAUL, V, 5°, § 4 cbn. avec § 2 i. f.; L. 31, D. de re judic. 42, 1; L. 9, C. de exsec. rei judic. 7, 33. — (42) T. II, § 408, IV.

(43) L. 6, pr. et § 1, D. h. t.; L. 4 i. f., C. de repud. v. abstin. hered. 6, 31.

(44) L. 23, § 2, L. 26, D. ad leg. Aquil. 9, 2; L. 3 i. f., L. 6, § 2 i. f., D. h. t.

(45) Rubr. et L. 1, § 1, L. 22, D. de interrog. in jure faciendis et interrogatoriis actionibus 11, 1, L. 23, § 1 i. f., D. ad leg. Aquil. 9, 2.

(46) MAYNZ, *Cours de D. R. I.*, § 134. — Cf. BETHMANN-HOLLWEG, I. c. p. 287-288. — Contra BAYER, I. c. p. 403-406.

2° Il a besoin d'être établi en justice par les voies ordinaires de preuve.

3° Il fait foi complète, sans cependant exclure la preuve contraire⁽⁴⁷⁾.

V. DU SERMENT (*D. de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali* 12, 2; *C. de rebus creditis et jurejurando* 4, 1).

MALBLANC. *Doctrina de jurejurando*. Tübingen, 1820 (2^{de} édit.; 1^{re} de 1781).

BRACKENHOFF. *Civil Archiv* XXIX, n^{os} 1 et 11 (1846).

STRIPPELMANN. *Der Gerichts-Eid*. Cassel, 1853-1857, 3 parties.

Le serment n'est autre chose qu'une affirmation solennelle de la vérité, une *affirmatio religiosa* comme dit Cicéron⁽⁴⁸⁾; l'invocation de la divinité n'est point de son essence⁽⁴⁹⁾. De même que l'aveu, le serment est judiciaire ou extrajudiciaire, et dans un sens analogue; de son côté le serment judiciaire présente trois modalités : le serment décisoire, déféré par l'une des parties, le serment supplétoire ou purgatoire et le serment estimatoire ou *in litem*, déferés d'office par le juge⁽⁵⁰⁾.

A) *Du serment décisoire*. Le serment décisoire implique une transaction : la partie qui défère le serment à l'autre, s'en remet à la conscience de cette dernière; elle la prend pour juge du différend⁽⁵¹⁾. En conséquence :

1° Le plaideur qui défère le serment⁽⁵²⁾, et son adversaire⁽⁵³⁾ doivent être capables de transiger.

2° Il faut que le litige soit susceptible de transaction⁽⁵⁴⁾. De plus, le serment doit être déféré sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère, sinon on ne peut faire appel à sa conscience⁽⁵⁵⁾.

(47) L. 25, § 4 i. f., *D. de probat.* 22, 3; L. 15 in medio, *C. de non numer. pec.* 4, 50. — Cf. T. I, § 220, III, A.

(48) *de offic.* III, 29; Cf. L. 5, § 4, L. 4, L. 5, pr. et § 1, L. 15, § 6, *D. h. t.*

(49) MAYNZ, *Cours de D. R.* I, § 154, note 28.

(50) Cf. Rubrique *D. h. t.*, et *D. de in litem jurando* 12, 3.

(51) L. 2, *D. h. t.*; L. 1, pr., *D. quar. rer. actio non datur* 44, 5.

(52) L. 33, § 1, *D. h. t.* — (53) L. 34, § 2, cf. L. 26, pr., *D. h. t.* — T. II, § 267, I, A.

(54) T. II, § 267, I, B, 1^o.

(55) L. 11, § 2, *D. de act. rer. amot.* 25, 2; Arg. PAUL, II, 1, § 4; L. 42 initio, *D. de*

5° Le plaideur qui a déféré le serment, est libre de révoquer son offre de transaction aussi longtemps que son adversaire ne l'a pas acceptée⁽⁵⁶⁾.

4° Le plaideur auquel le serment est déféré, a l'obligation de le prêter ou de le référer à son adversaire; s'il ne fait ni l'un ni l'autre, il succombe; il s'est condamné lui-même⁽⁵⁷⁾. En ce qui concerne spécialement la relation du serment, elle suppose, comme sa délation, un fait personnel à la partie à laquelle on réfère le serment⁽⁵⁸⁾; sous cette condition, elle ne peut se soustraire à un échec qu'en prêtant le serment référé⁽⁵⁹⁾.

5° Le serment prêté, à la suite de la délation ou de la relation, fait foi absolue; il est réputé l'expression de la vérité : *res jurata pro veritate habetur*; l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la fausseté; la transaction s'y oppose⁽⁶⁰⁾. Dans la procédure anté-dioclétienne, la prestation du serment, par analogie de l'aveu fait *in jure*, dispensait même du jugement lorsqu'elle avait eu lieu devant le magistrat : le défendeur était de plein droit considéré comme absous ou comme condamné, selon que c'était lui ou le demandeur qui avait juré⁽⁶¹⁾.

B) *Du serment supplétoire ou purgatoire*. 1° Ce serment peut être déféré par le juge sous la condition essentielle qu'il existe un commencement de preuve : la demande ne doit être ni entièrement dénuée de preuve, ni pleinement justifiée, sinon le juge doit prononcer aussitôt dans un sens ou dans l'autre⁽⁶²⁾. Le juge est libre de déférer le serment au demandeur ou au défendeur, au premier

R. J. 30, 17; L. 34, § 3, D. h. t.; Cf. L. 9, § 6, L. 42, § 2, D. h. t.; L. 3, § 5, D. h. t., et L. 10, D. de Carbon. ed. 37, 10. — Cf. BAVEN, *Civilprocess* p. 317-318.

(56) L. 11, C. h. t.

(57) L. 34, § 6 et 7 initio, L. 38, D. h. t.; L. 9, C. h. t. — (58) Cf. L. 34, § 8, D. h. t.

(59) L. 34, § 9 i. f., D. h. t.; L. 12, § 1 in medio, C. h. t.

(60) L. 51 i. f., D. h. t.; L. 21-22, D. de dolo malo 4, 3; L. 36, D. de re judic. 42, 1; L. 1, pr., D. quar. rer. actio non datur 44, 3; L. 1, C. h. t.; Cf. L. 15, C. h. t.. — T. II, § 267, II, A.

(61) L. 36, D. de re judic. 42, 1; L. 1, pr., D. quar. rer. actio non datur 44, 3; L. 8, C. h. t. — Voyez supra IV, 2° du présent paragraphe.

(62) L. 31, D. h. t., *vis in dubiis causis*; L. 3, C. h. t.

en vue d'un complément de preuve (serment supplétoire), au second en vue de paralyser le commencement de preuve fourni par le demandeur (serment purgatoire).

2° La partie à laquelle le juge défère le serment, a la faculté de le décliner, car il n'y a pas ici, comme dans le serment décisoire, une offre de transaction; dans ce cas, le juge déférera le serment à l'autre plaideur, ou bien statuera dans l'état actuel du procès. Mais le plaideur auquel le serment a été déféré, ne peut de sa propre autorité le référer à son adversaire; c'est l'affaire du juge.

3° Le serment supplétoire ou purgatoire ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, toujours parce qu'il n'y a pas de transaction⁽⁶³⁾.

C) *Du serment estimatoire ou in litem* (D. 12, 5, et C. 5, 55, *de in litem jurando*).

GENSLER. *Civil Archiv* IV, n° 22 (1819).

HASSE. *Rheinisches Museum* VI, p 27-55 et 179-185 (1855).

SCHROETER. *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* VII, p. 356-415, et VIII, p. 159-160 (1854-1855).

1° Le juge peut encore déférer le serment au demandeur sur la valeur de la chose réclamée, avec ou sans détermination d'un maximum jusqu'à concurrence duquel il sera cru dans son estimation⁽⁶⁴⁾. Nos sources mentionnent ce serment sous deux rapports différents : le demandeur y est admis d'abord, lorsque, après avoir établi le fondement général de son action⁽⁶⁵⁾, il est impossible au juge d'estimer autrement le montant des dommages et intérêts dus par le défendeur⁽⁶⁶⁾, ensuite, en dehors de cette impossibilité, lorsque l'action ayant été reconnue fondée comme dans le cas précédent, le défendeur s'est rendu coupable d'un dol ou d'une faute lourde⁽⁶⁷⁾ à l'occasion

(63) L. 31, D. h. t.

(64) L. 4, § 2, L. 5, § 1, D. h. t.; Cf. d'un côté L. 18, pr. i. f., D. *de dolo malo* 4, 5, L. 3, § 2 i. f., D. *ad exhib.* 10, 4, L. 9 in medio, C. *unde vi* 8, 4, et de l'autre L. 68 in medio, D. *de R. V.* 6, 1.

(65) L. 9 initio, C. *unde vi* 8, 4 (*Jusjurandum Zenonianum*); L. 10, D. h. t.; L. , pr., D. *de A. T.* 26, 7. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 171, *Ann.*, n° 4.

(66) L. 5, § 4, D. h. t. — VANGEROW, l. c. n° 2.

(67) L. 2, § 1, L. 4, § 4, L. 5, § 5, D. h. t.; L. 18, pr. et § 1, D. *de dolo malo* 4, 5; L. 2, C. h. t.

d'une restitution ou d'une exhibition⁽⁶⁸⁾, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une action de droit strict⁽⁶⁹⁾.

2° Le demandeur a le droit de décliner le serment estimatoire, comme le serment supplétoire et pour le même motif.

3° Le serment prêté admet également la preuve du contraire⁽⁷⁰⁾. Cette règle tempère surtout la faculté laissée au demandeur de jurer à l'infini.

D) *Du serment extrajudiciaire.* Le serment extrajudiciaire doit être au préalable établi en justice par les voies ordinaires de preuve; mais une fois constaté, il fait la même foi absolue que le serment décisoire, car lui aussi imite la transaction; nous renvoyons à ce sujet à des explications antérieures⁽⁷¹⁾.

VI. DES PRÉSUMPTIONS (D. de probationibus et præsumtionibus 22, 3).

BURKHARD. *Die civilistische Præsumtionen*. Weimar, 1866.

Les présomptions sont des déductions que l'on tire d'un fait connu à un fait inconnu, en se fondant sur ce que le fait inconnu accompagne d'habitude le fait connu. Ce sont des preuves indirectes : au lieu de prouver le fait contesté au procès, on en établit un autre et de celui-ci on conclut à l'existence de celui-là. Les présomptions sont de deux espèces, de fait ou de droit :

1° Les présomptions de fait ou de l'homme (*præsumtiones facti vel hominis*) sont celles abandonnées à l'appréciation du juge. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'elles forment une preuve complète; le plus souvent il n'en résulte qu'un commencement de preuve, qu'il faudra compléter par le serment supplétoire ou purgatoire ou par d'autres moyens de preuve⁽⁷²⁾.

(68) L. 2, § 1, D. h. t.; L. 18, pr., D. de dolo malo 4, 3; L. 68, D. de R. V. 6, 1; L. 3, § 2, D. ad exhib. 10, 4; Cf. L. 5, pr., D. h. t. — PUCHTA, *Pand.* § 226, 2°. — BAYER, *Civilprocess* p. 543-544. — VANGEROW, *Lehrb.* I, § 171, *Anm.*, nos 1 et 2.

(69) L. 5, § 4, L. 6, D. h. t. — (70) L. 4, § 3, L. 5, § 2, D. h. t.

(71) L. 2, L. 5, § 2, L. 11, § 3 in medio, L. 31 i. f., D. h. t., 12, 2. — T. II, § 251.

(72) Concours de plusieurs présomptions de fait : L. 26, D. h. t. — LANGENBECK, I. c. p. 198-199.

2° Les présomptions de droit (*præsumtiones juris*) sont reconnues par la loi elle-même⁽⁷³⁾. Quelque bienfaisantes qu'elles soient, elles n'en constituent pas moins des exceptions au droit commun, des particularités : à ce titre, elles ne se présument point, le plaideur qui les allègue est tenu de les établir ; en outre elles sont de stricte interprétation, toute extension analogique est interdite. Les présomptions légales font pleine foi, mais sans exelure la preuve du contraire ; en effet, la présomption se fonde simplement sur la considération que ce qui arrive en règle générale, est également arrivé dans le cas particulier dont il s'agit ; or cette règle générale a pu ne pas se vérifier dans l'espèce⁽⁷⁴⁾. Certaines présomptions légales font cependant foi absolue en vertu d'une disposition positive de la loi ; on les appelle dans l'école *présomptions juris et de jure*⁽⁷⁵⁾.

§ 404. Du jugement.

D. de re judicata, et de effectu sententiarum, et de interlocutionibus 42, 1 ;

C. de sententiis et interlocutionibus omnium judicum 7, 43.

I. Règles générales. 1° Les jugements se divisent en définitifs et interlocutoires. Les jugements définitifs (*sententiæ, sententiæ definitivæ*⁽¹⁾) sont ceux qui statuent sur le fond du procès. Les jugements interlocutoires (*interlocutiones*) sont ceux rendus dans le cours du procès sur un incident quelconque⁽²⁾, soit qu'ils influent plus ou moins sur le jugement final (*interlocutiones mixtæ*), soit qu'ils se bornent à régler la marche de la procédure (*interlocutiones meræ*)⁽³⁾. Cette division des jugements a de l'importance pour l'appel⁽⁴⁾.

2° S'il n'y a qu'un seul juge, la formation du jugement ne donne lieu à aucune observation. S'il y en a plusieurs, tous doivent prendre

(73) T. I, § 36, II, 1° ; § 191, 5° ; § 200, III, B, 2°. — T. II, § 291, II, 2° ; § 298, I.

(74) L. 24, D. de probat. 22, 3 (§ 200, III, B, 2°) ; L. 6, D. de his, qui sui v. al. jur. sunt 1, 6 (§ 298, I). — (75) L. 5, § 11, D. de suis et legit. hered. 58, 16 (§ 298, I, 1°).

(1) Rubrique C. h. t. ; L. 3, L. 11, C. h. t. — (2) Rubrique C. h. t.

(3) Dans notre droit moderne, ces deux classes de jugements interlocutoires s'appellent respectivement jugements interlocutoires (proprement dits) et jugements préparatoires (Art. 432 C. de proc. civ.). — (4) Voyez infra § 405, I, A, 4°.

part au jugement⁽⁵⁾ et le rendre à la majorité des voix⁽⁶⁾; en cas de partage, le demandeur est repoussé, car toutes choses étant égales, il convient de se prononcer pour la partie poursuivie⁽⁷⁾. Au reste le jugement n'était soumis à aucune solennité spéciale⁽⁸⁾; il devait seulement porter sur une chose déterminée⁽⁹⁾, alors même que la demande avait pour objet la prestation d'un fait⁽¹⁰⁾; d'habitude il était motivé⁽¹¹⁾, mais l'insertion de motifs n'était pas obligatoire⁽¹²⁾.

II. *De la nullité du jugement.* A) Un jugement est nul pour vice de forme ou à raison de son contenu :

1° Il est nul pour vice de forme : a) dans la personne du juge, si celui-ci est incompétent⁽¹³⁾, si lui ou une personne de sa maison est intéressée dans l'affaire⁽¹⁴⁾, ou bien s'il s'est laissé corrompre⁽¹⁵⁾;

b) Dans la personne des parties, lorsqu'un plaideur était incapable d'ester en justice⁽¹⁶⁾;

c) Pour inobservation des formes de procédure prescrites pour l'instruction⁽¹⁷⁾ ou le jugement⁽¹⁸⁾ de l'affaire.

2° Le jugement est nul quant à son contenu :

a) S'il méconnaît ouvertement une règle de droit⁽¹⁹⁾;

(5) L. 39 initio, L. 37, D. h. t.; L. 18, D. de recept. 4, 8.

(6) L. 59 i. f., L. 36, D. h. t.; L. 18 i. f., D. de recept. 4, 8. — Fallait-il une majorité absolue? Probablement non (Cf. BAYER, l. c. p. 167-168).

(7) L. 58, pr. i. f., D. h. t. — L. 58, § 1, D. h. t. — Exception : L. 58, pr. initio, D. h. t. — BAYER, l. c. p. 164-169. — (8) L. 59, pr. et § 1, D. h. t.

(9) § 32, l. de act. 4, 6; L. 4, C. de sent., quæ sine certa quant. profertur 7, 46.

(10) L. 15, § 1, D. h. t.; Arg. § 7, l. de V. O. 3, 13.

(11) Arg. L. 1, § 1-2, D. quæ sent. sine appell. resc. 49, 8.

(12) Arg. L. 59, pr., D. h. t.

(13) L. 1, § 2 i. f., D. quod quisque jur. 2, 2; L. 170, D. de R. J. 30, 17; L. 1, L. 2, L. 4, C. si a non compet. jud. 7, 48.

(14) L. un., C. ne quis in sua causa judic. 3, 5; L. 10, D. de jurisd. 2, 1.

(15) L. 7, C. quando provoc. nec. non est 7, 64.

(16) L. 9, L. 43, § 2, D. h. t.; L. 6, C. de jud. 3, 1; L. 1, C. qui legit. pers. 3, 6; Cf. L. 74, § 2, D. de jud. 3, 1.

(17) L. 1, § 1, D. de fer. 2, 12; L. 4, L. 3, L. 7, C. quomodo et quando judex 7, 45.

(18) L. 5, C. de sent. ex peric. recit. 7, 44.

(19) L. 19, D. de appell. 49, 1; L. 1, § 2, D. quæ sent. sine appell. resc. 49, 8; L. 2, C. quando provoc. nec. non est 7, 64; Cf. L. 27, L. 32, D. h. t.

b) S'il contredit une autre sentence passée en force de chose jugée⁽²⁰⁾;

c) Si son exécution est impossible⁽²¹⁾.

B) Le jugement qui se trouve dans l'un de ces cas, est nul de plein droit et d'une façon irrémédiable; c'est un néant juridique⁽²²⁾. Il est à la fois inutile et impossible d'en demander la rescision ou d'en interjeter appel⁽²³⁾, et il n'y a lieu à aucun des effets de la chose jugée⁽²⁴⁾.

§ 403. De l'appel.

D. de appellationibus et relationibus 49, 1;

C. de appellationibus et consultationibus 7, 62.

LINDE. *Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln nach den Grundsätzen des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses*, 2 vol., Gießen, 1831-1840 (Cet ouvrage forme les tomes 4 et 5 de l'ouvrage du même auteur, intitulé *Handbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses*).

I. DE L'APPEL PROPREMENT DIT. A) Ses conditions et sa forme.

1^o Chaque partie peut interjeter appel, soit par une simple déclaration orale au moment du prononcé du jugement⁽¹⁾, soit par écrit (*libelli appellatorii*)⁽²⁾ endéans les dix jours qui suivent le jugement⁽³⁾. L'appel s'interjette auprès du juge inférieur : celui-ci examine la recevabilité de l'appel, mais ne peut le refuser que s'il est évidemment mal fondé⁽⁴⁾, sinon l'appelant est admis à réclamer auprès du

(20) L. 14 i. f., L. 62, D. h. t.; L. 1, C. sent. resc. non posse 7, 30; Cf. L. 42, D. h. t.

(21) L. 3, D. quæ sent. sine appell. resc. 49, 8; Cf. L. 3, L. 11, C. h. t. — BAYER, *Civilprozess* p. 668-671. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 118, p. 721-723.

(22) L. 3, pr., D. quæ sent. sine appell. resc. 49, 8; L. 4 i. f., C. quando provoc. nec. non est 7, 64.

(23) L. 3, § 1, D. quæ sent. sine appell. resc. 49, 8; L. 1 i. f., L. 2 in medio, L. 4, C. quando provoc. nec. non est 7, 64.

(24) L. 2, D. quæ sent. sine appell. resc. 49, 8. — Voyez sur ce point BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 118, p. 723-727, et III, § 162, p. 341-342.

(1) L. 2, L. 3, § 4, D. h. t.; L. 14, C. h. t. — (2) L. 1, § 4, D. h. t.

(3) Nov. 23, præf. et c. 1; Authent. ad L. 6, § 3, C. h. t.; Cf. L. 3, § 4, L. 20, pr. et § 1, D. h. t.; L. 1, § 3-13, L. 2, D. quando appell. sit 49, 4; L. 6, § 3, C. h. t.

(4) L. 7, D. de appell. recip. 49, 5; L. 8, D. quor. appell. non recip. 7, 63.

juge supérieur⁽⁵⁾. Le juge inférieur, s'il autorise l'appel, est tenu de remettre à l'appelant, endéans le mois⁽⁶⁾, des lettres d'appel (*litteræ dimissoriæ, apostoli*)⁽⁷⁾ ainsi qu'une copie du procès-verbal de la cause⁽⁸⁾. L'appelant transmet ces pièces au tribunal d'appel⁽⁹⁾, devant lequel l'affaire est introduite après trois ou six mois selon l'éloignement des lieux⁽¹⁰⁾. Les appels portés devant l'empereur s'écartaient de ces règles en ce que le juge inférieur, auprès duquel l'appel avait été interjeté, faisait un rapport détaillé sur l'affaire (*relatio vel consultatio, scilicet post sententiam*)⁽¹¹⁾, et le transmettait aux parties avec les procès-verbaux de la cause; les parties formulaient leurs observations par écrit (*libelli refutatorii*) et envoyaient le tout à l'empereur; l'appel devait être introduit au bout d'un ou de deux ans d'après les circonstances⁽¹²⁾.

2° L'appel se poursuit devant le juge immédiatement supérieur à celui de la sentence duquel on appelle; il n'est pas permis de passer un degré de juridiction (*appellatio per saltum*)⁽¹³⁾.

3° La sentence d'appel peut elle-même être frappée d'appel⁽¹⁴⁾; mais le troisième jugement a force de chose jugée⁽¹⁵⁾.

4° Il est défendu d'interjeter appel d'un jugement interlocutoire avant le jugement définitif, afin de ne pas entraver la procédure en première instance⁽¹⁶⁾, sauf quelques exceptions difficiles à préciser⁽¹⁷⁾.

B) *Effets de l'appel.* 1° L'appel a un effet suspensif; il arrête l'exécution du jugement attaqué, car on ignore si ce dernier sera

(5) L. 5-6, D. de *appell. recip.* 49, 5.

(6) L. 24, C. h. t.; Nov. 126, c. 5; Cf. PAUL, V, 34, § 1 i. f.

(7) L. un., pr. et § 1, D. de *lib. dimiss.* 49, 6; L. 106, D. de *V. S.* 50, 16.

(8) Nov. 126, c. 5. — (9) PAUL, V, 34, § 2, v° *reddiderit*; L. 5 in medio, C. h. t.

(10) L. 3, pr., C. de *tempor. et repar. appell.* 7, 63; Nov. 126, c. 2 initio; Cf. L. 5, § 1, C. cit. — (11) Cf. infra § 410, III, 2°.

(12) Voyez là-dessus BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 160, p. 352-353 et 353-357, cf. p. 353-354. — (13) Nov. 25, c. 4 initio; Cf. L. 1, § 5, D. h. t.

(14) Cf. Nov. 25, c. 5.

(15) L. un. initio, C. ne liceat in una eademque causa tertio provocare 7, 70; Nov. 82, c. 5 i. f. — (16) L. 56, C. h. t.; Cf. L. 18, L. 25, L. 57, C. Théod. de *appell.* 11, 30.

(17) L. 59, pr., D. de *minor.* 4, 4; L. 2, D. de *appell. recip.* 49, 5; L. 20, D. de *quæst.* 48, 18.

maintenu⁽¹⁸⁾. Si le jugement dont on appelle est interlocutoire, le procès lui-même est suspendu⁽¹⁹⁾.

2° L'appel soumet pleinement l'affaire à la juridiction supérieure. Il en résulte que les plaideurs sont autorisés à produire de nouveaux moyens de défense (*beneficium novorum*)⁽²⁰⁾.

3° Lorsque l'appelant succombe, il est condamné par le juge d'appel à une peine légère arbitrée d'après les circonstances, dans le but de prévenir des appels frivoles⁽²¹⁾. S'il réussit, le jugement d'appel anéantit l'ancien⁽²²⁾ et en prend la place. Dans le cas où le jugement attaqué était interlocutoire, le procès momentanément suspendu en première instance suivait son cours⁽²³⁾.

II. DE LA RÉVISION DU JUGEMENT. Lorsqu'une sentence avait été rendue par l'un des préfets du prétoire, rigoureusement inappellables, la partie succombante pouvait au moins demander la révision (*retractatio*) du jugement qui la lésait. Deux voies se présentaient à cette fin. D'abord, on avait le droit de faire opposition entre les mains du préfet endéans les dix jours, et alors on arrêta l'exécution du jugement attaqué, à moins que l'adversaire victorieux ne fournît caution⁽²⁴⁾. Mais on pouvait aussi s'adresser à l'empereur par une supplique (*supplicatio*)⁽²⁵⁾, sous le gouvernement du même préfet du prétoire ou dans les deux ans après sa retraite⁽²⁶⁾, à l'effet de demander la révision de la sentence par le préfet actuellement en fonctions; dans ce cas l'exécution du jugement n'était point suspendue⁽²⁷⁾. Le préfet, s'il avait lui-même rendu la sentence, devait se

(18) L. un., pr. et § 1, D. *nihil innovari appellatione interposita* 49, 7; L. 5, C. h. t.; Nov. 134, c. 5 i. f. — L. 13, § 2, D. *qui testam. fac. poss.* 28, 1; L. 14, § 8 i. f., D. *de bon. libert.* 38, 2. — (19) L. 59, pr., D. *de minor.* 4, 4. — (20) L. 6, § 1, C. h. t.

(21) L. 6, § 4, C. h. t.; Voyez encore L. 2, C. *de episc. aud.* 1, 4; L. 19 i. f., C. h. t. — Droit anté-justinien : 1° Part. V, 55 et 57, 2° L. 5, C. Théod. *de offic. præf. præf.* 1, 5. — (22) L. 11, D. h. t. — (23) Arg. L. 6, pr., C. h. t.

(24) Nov. 119, c. 3, et Authent. ad L. 5, C. *de prec. imper. offer.* 1, 19.

(25) L. 3, C. cit.; Nov. de Théodose II, tit. 19, pr. et § 1. — L. un., C. *de sent. præf. præf.* 7, 42; Nov. 119, c. 3 i. f., et Authent. i. f. ad L. 5, C. *de prec. imper. offer.* 1, 19.

(26) Nov. de Théodose II, tit. 19, § 2; L. un. i. f., C. *de sent. præf. præf.* 7, 42.

(27) Nov. 119, c. 3 i. f., et Authent. i. f. ad L. 3, C. *de prec. imper. offer.* 1, 19.

faire assister du questeur du palais (28). Pour le surplus, la théorie de l'appel s'appliquait à la demande de révision (29).

§ 406. *Des voies de droit extraordinaires contre un jugement.*

I. *De la restitution en entier* (C. *si adversus rem judicatam* (*restitutio postuletur*) 2, 27). Lorsqu'un jugement est passé en force de chose jugée, il est encore possible de se faire restituer en entier contre lui pour l'une des causes ordinaires (1). Les différences suivantes séparent ce moyen de l'appel :

1° L'on observe le délai d'introduction de la restitution en entier (2).

2° La demande de restitution peut être portée devant un tribunal quelconque, égal ou supérieur à celui qui a rendu le jugement (3), et aussi devant ce dernier (4).

3° Elle n'a d'effet suspensif que pour autant que la sentence contre laquelle elle est dirigée, n'a pas encore reçu son exécution (5) ; mais si elle est reconnue fondée dans la suite, elle opère rétroactivement (6).

II. *De l'action et de l'exception de dol*. L'un et l'autre moyen appartiennent à la partie succombante contre l'auteur du dol (7), conformément à leur théorie générale (8).

(28) L. 33, C. *h. t.*

(29) L. 3, § 3, C. *de tempor. et repar. appell.* 7, 63 ; L. un. in medio, C. *ne liceat. . post duas sent. judic., quas definitio præf. robor., eas retractare* 7, 70. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 161, p. 538-541.

(1) L. 42, D. *de minor.* 4, 4. — PAUL, V, 3^a, § 10 ; L. 35, D. *de re judic.* 42, 1 ; L. 1, C. *de advoc. div. judiciorum* 2, 7 ; L. 2-3, C. *si ex fals. instrum.* 7, 38.

(2) T. II, § 578, IV, B, 2^o. — (5) L. 16, § 3, L. 42, L. 18, pr., D. *de minor.* 4, 4.

(4) L. 16, § 3, L. 42, D. *cit.*

(5) L. un., C. *in integr. restit. postul. ne quid novi fiat* 2, 30 ; L. 4, C. *si ex fals. instrum.* 7, 38. — (6) L. 9, pr., D. *de minor.* 4, 4.

(7) L. 20, § 1, D. *de dolo malo* 4, 5 ; L. 73, D. *de jud.* 5, 1.

(8) L. 18, § 4, D. *de dolo malo* 4, 5 ; L. 4, C. *si ex fals. instrum.* 7, 38 ; Cf. L. 7, § 1, D. *de in integr. restit.* 4, 1 ; L. 25, D. *de dolo malo* 4, 5 ; L. 8, § 1, D. *mand.* 17, 1 (T. I, § 212, III, 2^o). — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 117, p. 712-719.

§ 407. *De la chose jugée.*

D. *de re judicata, et de effectu sententiarum, et de interlocutionibus* 42, 1 (h. t.¹), et *de exceptione rei judicatæ* 44, 2 (h. t.²); C. *de re judicata* 7, 52.

KELLER. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem romischem Recht* § 24-48. Zurich, 1827.

BUCHKA. *Die Lehre vom Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniss* I, § 11, et II, § 17, 25 et 24. Rostock et Schwerin, 1846-1847.

ROSSHIRT. *Zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht*. Heidelberg, 1848.

HEIMBACH (senior). *Weiske's Rechtslexikon* XI, p. 778-867 (1837).

ENDEMANN. *Das Prinzip der Rechtskraft*. Heidelberg, 1860.

On appelle chose jugée (*res judicata*) le jugement devenu irrévocable, celui qui ne peut plus être réformé par la voie de l'appel⁽¹⁾. La chose jugée est réputée l'expression de la vérité; elle fait droit entre les parties : *res judicata pro veritate habetur*⁽²⁾, *jus facit*⁽³⁾. Cela veut dire que la chose jugée ne peut plus être remise en question, car les procès doivent avoir une fin⁽⁴⁾. Nous distinguons des effets directs et des effets indirects de la chose jugée. Les effets directs sont l'absolution ou la condamnation du défendeur⁽⁵⁾; la première maintient le *statu quo*; la seconde au contraire crée au profit du demandeur victorieux une obligation nouvelle, l'*obligatio judicati vel condemnatum facere oportere*, en remplacement de l'*obligatio condemnari oportere* fondée sur la *litis contestatio*⁽⁶⁾; à cette *obligatio judicati* correspond l'*actio judicati*⁽⁷⁾. L'effet indirect de la chose jugée consiste dans l'exception de chose jugée : elle appartient à chaque partie contre l'adversaire qui, par une action nouvelle, entreprendrait de renouveler l'ancien débat⁽⁸⁾.

I. DE L'ACTIO JUDICATI. L'*actio judicati* est distincte de l'action originaire du demandeur : elle dure trente ans⁽⁹⁾ et se transmet aux

(1) L. 1, D. h. t.¹. — (2) L. 207, D. *de R. J.* 30, 17; L. 23 i. f., D. *de statu hom.* 1, 3.

(3) L. 14, pr. initio, D. *de appell.* 49, 1. — (4) L. 1, D. h. t.¹; L. 6, D. h. t.².

(5) L. 4 i. f., D. h. t.¹.

(6) GAIUS, III, 180 i. f.; L. 3 § 11 i. f., D. *de pec.* 13, 1. — Cf. T. II, § 402, II, A et B initio. — (7) L. 4, pr. initio, § 1-2, L. 43, D. h. t.¹. — (8) D. h. t.².

(9) L. 6, § 3 initio, D. h. t.¹.

héritiers des deux parties⁽¹⁰⁾, bien que l'action primitive fût temporaire ou intransmissible. Elle offre les particularités suivantes :

1° Le défendeur condamné jouit d'un délai de grâce de quatre mois pour satisfaire à la condamnation (*tempus judicati*)⁽¹¹⁾. Ce délai expiré, il doit les intérêts légaux au double⁽¹²⁾.

2° Poursuivi par l'*actio judicati*, le condamné ne peut plus se défendre qu'en établissant que le jugement est nul⁽¹³⁾, qu'il n'est pas encore passé en force de chose jugée⁽¹⁴⁾, que le délai pour l'exécution du jugement n'est pas écoulé⁽¹⁵⁾, ou enfin qu'il a satisfait le demandeur⁽¹⁶⁾.

II. DE L'EXCEPTION DE CHOSE JUGÉE. L'exception de chose jugée suppose qu'une action nouvelle veuille renouveler l'ancien débat entre les mêmes parties ; il faut donc une double identité, celle du débat et celle des parties (*eadem quæstio inter eadem personas*)⁽¹⁷⁾. En effet, si le débat est différent, l'exception de chose jugée manque d'objet ; si les parties ne sont pas les mêmes, le nouveau plaideur ne peut, ni fonder un droit sur un jugement à la formation duquel il n'a point concouru, ni être lésé par ce jugement alors qu'il lui a été impossible de s'y défendre : *res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest*⁽¹⁸⁾. Le principe est d'une grande simplicité, mais son application soulève les questions les plus délicates.

A) *De l'identité du débat.* Il y a identité du débat toutes les fois qu'en admettant un jugement conforme à la nouvelle demande, ce jugement contrarierait l'ancien : l'on doit par la pensée attribuer au demandeur ce qu'il réclame, et examiner s'il existe une opposition, une incompatibilité entre ce jugement fictif et l'ancien. Voici quelques applications⁽¹⁹⁾ :

(10) L. 6, § 3 i. f., D. cit.

(11) L. 2 initio, L. 3, pr. initio et § 1, D. de usur. rei judic. 7, 34 ; Cf. L. 2, L. 4, § 3, L. 29, D. h. t.¹. — (12) L. 1-2, cf. L. 3, pr., C. de usur. rei judic. 7, 34.

(13) Cf. L. 1, pr., D. quæ sent. sine appell. resc. 49, 8. — (14) L. 73 i. f., D. de jud. 3, 1.

(15) L. 7 initio, D. h. t.¹. — (16) L. 4, § 7, L. 7, D. h. t.¹.

(17) L. 3 initio, L. 7, § 4 initio, cf. L. 12, L. 13, L. 14, pr. initio, D. h. t.¹.

(18) L. 63 initio, D. h. t.¹ ; L. 1 initio, D. h. t.² ; L. 2 initio, C. quibus res judicata non nocet 7, 36 ; L. 3, C. inter alios acta vel judicata aliis non nocere 7, 60.

(19) Cf. L. 7, § 1 i. f., D. h. t.¹.

1° Après avoir échoué dans la réclamation d'une chose, on ne peut plus réclamer une partie divisée ou indivise de la même chose⁽²⁰⁾, ni un droit réel sur elle⁽²¹⁾; l'ancien jugement en refusant la chose au demandeur, la lui refuse nécessairement tout entière et dans chacune de ses parties; la partie est comprise dans le tout, lequel n'est que la somme des parties⁽²²⁾. — Mais lorsqu'on a commencé par demander sans succès une partie d'une chose ou un simple droit réel, on peut encore demander, dans le premier cas, la partie restante de la même chose⁽²³⁾, et dans le second cas, la propriété⁽²⁴⁾.

2° Il n'est permis à celui qui, une première fois, a réclamé une chose sans succès, de la poursuivre sur le fondement d'une cause nouvelle que pour autant que cette dernière ne fût pas déjà comprise dans la première poursuite. Ce point a été expliqué ailleurs⁽²⁵⁾.

3° Lorsque le débat est identique, il y a lieu à l'exception de chose jugée malgré la diversité des actions successivement intentées⁽²⁶⁾.

B) *De l'identité des parties.* L'identité dont il s'agit ici est une identité juridique et non une identité physique. C'est ainsi que les successeurs même particuliers des plaideurs ne sont pas des tiers⁽²⁷⁾. Si un procès a été soutenu par représentant, la véritable partie litigante est le principal, et son représentant est réputé tiers à l'action⁽²⁸⁾; il s'ensuit que le jugement rendu à une action populaire a effet à l'égard de tous les citoyens, attendu que le demandeur y représente l'ensemble du corps social⁽²⁹⁾. Le principe *res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest* est soumis à plusieurs modifications :

(20) L. 7, pr., L. 21, § 1 i. f., L. 26, § 1, D. h. t.²; Cf. L. 7, § 2, L. 14, § 1, D. cod.

(21) L. 21, § 3 initio, D. h. t.².

(22) L. 113, D. de R. J. 30, 17. — Pour d'autres applications analogues, voyez : 1° L. 21, § 2, ebn. avec L. 7, pr., vis *Idem erit* *nocebit exceptio*, D. h. t.². — 2° L. 7, § 1, D. cod. — 3° L. 21, § 1 initio, D. cod. — 4° L. 26, § 1, D. cod.

(23) Cf. L. 14, § 1, D. h. t.²; L. 33, § 1, D. de usufr. 7, 1.

(24) L. 17, D. de except. 44, 1. — (25) T. II, § 576, I, B, 2°.

(26) L. 3, L. 3, L. 7, § 4-5, L. 8, L. 11, § 3, L. 24, D. h. t.².

(27) L. 11, § 3, 9 et 10, L. 28, L. 29, § 1, D. h. t.²; L. 3, § 1, D. de pignor. 20, 1; Cf. L. 9, § 2 et 10, D. h. t.².

(28) Arg. L. 1, C. quib. res judic. non nocet 7, 36; Cf. L. 11, § 7, D. h. t.².

(29) L. 43, § 1, D. de procur. 3, 3; L. 3, pr., D. de popul. act. 47, 23.

1° Le jugement d'*absolution* rendu à l'avantage de l'un des débiteurs solidaires ou contre l'un des créanciers solidaires, profite aux autres débiteurs ou nuit aux autres créanciers; car la chose jugée a éteint la dette solidaire comme l'eût fait le paiement⁽⁵⁰⁾. Il n'en est pas de même de la sentence de *condamnation*; le paiement fait par le condamné vient seul éteindre la dette⁽⁵¹⁾.

2° Lorsque l'un des propriétaires d'un héritage a exercé l'action confessoire du chef d'une servitude prédiale qu'il réclamait pour cet héritage, le jugement a effet vis-à-vis de tous les copropriétaires; c'est que les servitudes prédiales étant indivisibles, le jugement a forcément reconnu ou dénié la servitude entière⁽⁵²⁾.

3° De même, le jugement sur une question d'état vaut à l'égard des tiers⁽⁵³⁾, à la condition d'avoir été rendu sans collusion, à la suite d'un débat sérieux⁽⁵⁴⁾. Cette règle se fonde sur l'indivisibilité de l'état d'une personne.

4° Le jugement qui reconnaît à quelqu'un la qualité d'héritier, a force obligatoire à l'égard des créanciers, légataires ou débiteurs de la succession⁽⁵⁵⁾, sauf encore le cas de connivence⁽⁵⁶⁾. La raison en est que les dettes et les legs sont des charges nécessaires de la succession, comme les créances en sont des accessoires naturels; les uns et les autres doivent suivre l'héritier sous peine d'inconséquence.

5° Enfin, la chose jugée peut être opposée à celui qui a laissé sciemment poursuivre un procès par son auteur, alors que le jugement devait statuer implicitement sur son propre droit; celui-là s'est en quelque sorte laissé condamner⁽⁵⁷⁾.

(50) L. 42, § 3 i. f., D. de jurejur. 12, 2.

(51) L. 28, C. de fidejuss. 8, 41. — (52) L. 4, § 3-4, D. si serv. vindic. 8, 3.

(53) L. 1, § 16 i. f., L. 2, D. de agnosc. et al. lib. 23, 5.

(54) L. 1, L. 4, cf. L. 3, D. de collus. deteg. 40, 16. — Voyez aussi L. 1, L. 5, D. si ingen. dic. 40, 14; L. 9, pr., L. 42, D. de liber. causa 40, 12.

(55) L. 8, § 16, L. 17, § 1 initio, D. de inoff. testam. 3, 2; L. 30, § 1, D. de leg. 1^o, 50, v^{is} Quid ergo.....

(56) L. 3, § 1, L. 14, pr., D. de appell. 49, 1; Cf. L. 14, § 1, D. eod.; L. 30, § 1 initio, D. de leg. 1^o, 50; L. 17, § 1 i. f., L. 18, D. de inoff. testam. 3, 2. — (57) L. 63, D. h. t.¹.

§ 408. *De l'exécution des condamnations.*D. *de re judicata, et de effectu sententiarum, et de interlocutionibus* 42, 1 ;C. *de executione rei judicatæ* 7, 35.BETHMANN-HOLLWEG. *Der römische Civilprozess* II, § 112-113, et III, § 138-159. Bonn, 1866.

I. DE LA MANUS INJECTIO ET DE LA CONTRAINTE PAR CORPS.

A) La loi des Douze tables admettait contre les condamnés l'exécution personnelle sous la forme de la *manus injectio*. C'était une conséquence logique de la nature des obligations : celles-ci sont des charges personnelles, et dès lors, en droit strict, elles doivent se poursuivre sur la personne du débiteur toutes les fois que ce dernier ne s'est pas libéré avec ses biens ; nous n'entendons pas par là justifier la contrainte par corps, mais seulement expliquer comment les Romains, en se conformant à la rigueur du droit, arrivèrent naturellement à sanctionner cette institution. La loi des Douze tables l'organisait comme suit : le défendeur condamné disposait d'un mois pour exécuter la condamnation⁽¹⁾ ; à l'expiration de ce délai, le demandeur pouvait intenter contre lui l'*actio judicati* ; devant le magistrat, il saisissait son adversaire au corps, et, invoquant en termes solennels le jugement obtenu, réclamait son adjudication⁽²⁾ ; le condamné ne pouvait se défendre que par un représentant (*vindex*)⁽³⁾. S'il ne le faisait pas ou que sa défense ne réussit point, il était adjugé au demandeur (*addictio, adjudicatio*)⁽⁴⁾ ; il tombait ainsi dans un état analogue au *mancipium*⁽⁵⁾, et le créancier avait le droit de l'enchaîner⁽⁶⁾ ; il demeurait dans cette position pendant deux mois⁽⁷⁾ ; les trois dernières nundines du délai, le créancier devait le conduire au *forum*, pour que les personnes qui s'intéressaient à lui, fussent averties de son sort et pussent le libérer en payant sa dette⁽⁷⁾. Après les deux mois, il perdait définitivement la

(1) AULU-GELLE, XX, 1 initio ; Cf. GAÏUS, III, 78 in medio.

(2) GAÏUS, IV, 21 initio ; AULU-GELLE, XX, 1 initio.

(3) GAÏUS, IV, 21 i. f. ; AULU-GELLE, XX, 1 initio ; XVI, 10.

(4) GAÏUS, IV, 21 i. f. ; AULU-GELLE, XX, 1 initio. — (5) T. II, § 302, IV, 1^o, cbn. avec II.

(6) GAÏUS, IV, 21 i. f. ; AULU-GELLE, XX, 1 initio. — (7) AULU-GELLE, XX, 1 in medio.

liberté, il devenait l'esclave de son créancier, qui lui succédait à titre universel⁽⁸⁾. Seulement la loi des Douze tables ne voulait pas que ce citoyen déchu restât dans la cité romaine : elle ordonnait de le vendre au delà du Tibre ou bien de le mettre à mort⁽⁹⁾; mais l'histoire romaine ne nous offre aucun exemple de l'homicide du condamné.

B) La *manus injectio* s'appliquait encore assez fréquemment à un non-condamné, surtout au défendeur qui avait fait l'aveu de sa dette devant le magistrat, en vertu de la règle *in jure confessus pro judicato habetur*⁽¹⁰⁾, au défendeur défaillant (*indefensus*), lequel était également assimilé à un condamné⁽¹¹⁾, au débiteur qui s'était engagé *per nexum*⁽¹²⁾, et à plusieurs autres cas inutiles à énumérer⁽¹³⁾. Une loi Valeria(?), de date inconnue, décida que dans cette *manus injectio*, le débiteur pourrait, à part quelques exceptions, se défendre en personne, sans être obligé de fournir un *vindex*; la *manus injectio* ainsi mitigée fut appelée *pura vel non pro judicato*, par antithèse à la *manus injectio* proprement dite, *judicati vel pro judicato*, où le débiteur ne jouissait pas de la même faculté⁽¹⁴⁾.

C) La *manus injectio* ne tarda pas à perdre de sa rigueur :

1° La loi ou l'usage dispensa le créancier de l'alternative de vendre le débiteur ou de le tuer deux mois après l'adjudication : on lui permit de garder le débiteur chez lui dans un quasi-*mancipium*, jusqu'à ce qu'il se fût racheté par son travail, auquel cas il devait l'affranchir⁽¹⁵⁾; d'après une disposition de la loi Poetelia Papiria de l'an 428, le créancier qui profitait de cette faculté, ne pouvait enchaîner le débiteur, si ce n'est quand l'adjudication résultait d'un délit; le débiteur était assimilé à l'individu *in mancipio*⁽¹⁶⁾.

2° Sous le bas-empire, la contrainte par corps change entièrement

(8) Les sources ne le disent point, mais le principe n'en est pas moins constant.

(9) AULU-GELLE, XX, 1 i. f.

(10) AULU-GELLE, XX, 1 initio; PAUL, II, 1, § 5; V, 52, § 2 et 4. — T. II, § 405, IV, A, 2°. — (11) HORACE, *Satyræ* I, 9, v. 74-77, et PORPHYRE, *cod.* v. 63; FESTUS, v° *Struere*.

(12) DENYS D'Halic., VI, 85; FESTUS, v° *Nectere*. — T. II, § 502, IV, 1°.

(13) GAIUS, IV, 22-23; TITE-LIVE, III, 44; Cf. GAIUS, III, 189.

(14) GAIUS, IV, 23 *cdn.* avec 25-24. — (15) Arg. des textes de la note suivante.

(16) TITE-LIVE, VIII, 28; VARRON, *de l. l.* VII, 103 (MÜLLER). — T. II, § 502, II.

de caractère : elle devient publique, de privée qu'elle était jusque-là ; le débiteur, au lieu d'être gardé par le créancier, est enfermé dans une prison de l'État⁽¹⁷⁾.

II. DE LA *BONORUM VENDITIO*. Dans le cours de la république, on autorisa le demandeur qui avait obtenu un jugement de condamnation, d'en poursuivre l'exécution sur les biens du condamné, en procédant à leur vente, conformément aux règles qui seront expliquées plus loin⁽¹⁸⁾ ; de là la *bonorum venditio*. Le créancier avait maintenant l'option entre cette exécution réelle et l'exécution personnelle de la *manus injectio*⁽¹⁹⁾ ; mais il ne pouvait les cumuler ; en recourant à l'une, il perdait son droit à l'autre⁽²⁰⁾. Sous Justinien, cette théorie s'est modifiée en ce sens, que la contrainte par corps est devenue subsidiaire à la vente des biens : le créancier doit commencer par la vente ; il ne peut réclamer l'emprisonnement du débiteur que s'il n'a pas été entièrement satisfait par l'exécution réelle⁽²¹⁾, et même alors seulement sous la condition que le débiteur n'ait pas fait usage du bénéfice de cession de biens⁽²²⁾.

III. DE LA *PIGNORIS CAPIO*. 1° Déjà la loi des Douze tables connaissait une *legis actio* de ce nom ; dans certaines matières de droit public ou sacré⁽²³⁾, le demandeur victorieux pouvait saisir, en termes solennels⁽²⁴⁾, des biens du condamné pour les faire vendre et se payer sur le prix ; la saisie n'exigeait pas la présence du magistrat ni celle de l'adversaire⁽²⁵⁾, et pour ce motif on douta quelque temps à Rome de l'existence d'une *legis actio per pignoris capionem*⁽²⁶⁾.

2° Cette saisie solennelle et extraordinaire servit de type à une

(17) C. Théod. de *privati carceris custodia* 9, 11 ; L. 25, C. J. de *episc. aud.* 1, 4 ; C. J. de *privatis carceribus inhibendis* 9, 5. — (18) § 409, II, B-D, et III.

(19) Loi Rubria c. 22. — (20) PUCHTA, *Institut.* II, § 179 i. f.

(21) Arg. L. 1, C. qui *bon. ced. poss.* 7, 71 ; Cf. L. 9, § 6, D. ad leg. *Jul. pecul.* 48, 15 ; L. 2, C. de *exact. tribut.* 10, 19. — PUCHTA, *Institut.* II, § 188 i. f. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 138, p. 314.

(22) L. 1 i. f., L. 8 initio, C. qui *bon. ced. poss.* 7, 71 ; Nov. 135, c. 1 in medio (§ 409, II, E). — (23) GAIUS, IV, 26-28. — (24) GAIUS, IV, 29 initio.

(25) GAIUS, IV, 29 in medio, cf. i. f. — (26) GAIUS, IV, 29.

autre d'un caractère général et affranchie de la forme. A partir des derniers temps de la république, les magistrats autorisaient parfois le demandeur victorieux, probablement lorsqu'ils jugeaient en personne, à saisir des biens du condamné⁽²⁷⁾; sous Antonin le Pieux, la saisie fut érigée en règle générale comme voie d'exécution des condamnations pécuniaires⁽²⁸⁾.

IV. DE L'EXÉCUTION DIRECTE. Pendant les quatre premiers siècles de Rome, alors que l'exécution personnelle était seule connue, la condamnation portait directement sur la chose réclamée par le demandeur; ce n'était que naturel⁽²⁹⁾. Mais quand apparurent la *bonorum venditio* et la *pignoris capio*, il fallut mettre la condamnation en harmonie avec ces voies d'exécution; or, celles-ci tendant par leur essence à la réalisation d'une somme d'argent, la condamnation devait également devenir pécuniaire, sinon il eût été impossible d'en poursuivre l'exécution par la *bonorum venditio* ou par la *pignoris capio*⁽³⁰⁾. C'est pourquoi, tout en continuant dans les *legis actiones* à condamner le défendeur à la chose qui faisait l'objet de la demande, on liquidait après coup la condamnation dans une instance spéciale appelée *arbitrium liti æstimandæ*⁽³¹⁾. Dans le système formulaire, on fit purement et simplement porter la condamnation sur une somme d'argent, quel que fût l'objet de la demande⁽³²⁾; mais comme dans les actions restitutoires et exhibitoires le demandeur pouvait avoir un intérêt majeur à une restitution ou à une exhibition en nature, on y tempéra la rigueur de la condamnation pécuniaire en la faisant précéder d'un *arbitrium de restituendo vel de exhibendo*⁽³³⁾. Cet état de choses se maintint tout au

(27) CIC., *Philipp.* I, 3; *de orat.* III, 1; TACITE, *Ann.* XIII, 28; TITE-LIVE, III, 38.

(28) L. 15, pr., L. 31, D. h. t.; L. 1, C. *si in causa judic. pign. capt. sit* 8, 23.

(29) GAIUS, IV, 48, *vis Juez non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut OLIM FIERI SOLEBAT.*

(30) ARG. L. 4, § 5, D. h. t., *vis ratio pecuniæ exigendæ (scil. a judicato) hæc fuit, quod noluerit prætor obligationes ex obligationibus fieri.*

(31) VALERIUS PROBUS 4, *in legis actionibus hæcce : . . A. L. Æ., arbitrium liti æstimandæ.* — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* I, § 55, p. 196.

(32) GAIUS, IV, 48; L. 6, § 1, D. h. t. — (33) T. II, § 377, II, 2°.

moins jusque vers la fin de l'époque classique. Alors, ou sous le bas-empire, on attribua force exécutoire à l'*arbitrium de restituendo vel de exhibendo*⁽⁵⁴⁾, réforme qui eut pour résultat de créer une exécution directe dans une catégorie d'actions des plus nombreuses et des plus importantes. Dans la législation de Justinien cette règle s'est généralisée : la condamnation a maintenant toujours pour objet la chose réclamée⁽⁵⁵⁾.

V. DE L'EXÉCUTION DANS LE DROIT DE JUSTINIEN. Le droit de Justinien connaît quatre voies d'exécution : l'exécution directe, la saisie, la vente des biens et la contrainte par corps. L'exécution directe et la saisie constituent en un certain sens les voies ordinaires d'exécution ; chacune a sa sphère propre : la première s'applique aux condamnations portant sur autre chose que de l'argent, la seconde se réfère aux condamnations pécuniaires. La vente des biens et la contrainte par corps ont un caractère extraordinaire : elles supposent l'insolvabilité du condamné, et la contrainte par corps est subsidiaire à la vente des biens : le créancier qui a obtenu la condamnation de l'insolvable, doit commencer par vendre son patrimoine ; ce n'est que pour autant que le produit de cette vente ne suffit point pour le satisfaire intégralement, qu'il est admis à exercer la contrainte par corps⁽⁵⁶⁾ ; encore faut-il que la vente n'ait pas eu lieu à la suite d'une cession de biens⁽⁵⁷⁾. L'exécution directe n'a plus besoin d'explications, et la théorie de la vente des biens⁽⁵⁸⁾ avec la cession de biens⁽⁵⁹⁾ fera l'objet du paragraphe suivant : il ne reste donc à expliquer ici que la saisie et la contrainte par corps.

A) *De la saisie.* 1° Quatre mois après la condamnation⁽⁴⁰⁾, le demandeur qui n'a pas été satisfait, peut s'adresser au magistrat à

(54) L. 68 initio, D. de R. V. 6, 1.

(55) § 32, I. de act. 4, 6, corrigeant Gmcs, IV, 52 initio. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 138, p. 512-514.

(56) Arg. L. 1, C. qui bon. ced. poss. 7, 71 ; Cf. L. 9, § 6, D. ad leg. Jul. pecul. 48, 15 ; L. 2, C. de exact. tribut. 10, 19.

(57) L. 1 i. f., L. 8 initio, C. qui bon. ced. poss. 7, 71 ; Nov. 153, c. 1 in medio (§ 409, II, E). — (58) § 409, II, B-D, et III. — (59) § 409, II, E.

(40) L. 2 initio, L. 5, pr. initio et § 1, C. de usur. rei judic. 7, 54.

l'effet de saisir chez le condamné des biens suffisants pour couvrir le montant de la condamnation prononcée en sa faveur; le magistrat détermine les biens à saisir, de préférence des objets mobiliers, subsidiairement des immeubles, et en dernier lieu les créances⁽⁴¹⁾. La saisie s'opère par les officiers du magistrat⁽⁴²⁾.

2° La saisie confère au créancier un droit d'hypothèque sur les biens saisis⁽⁴³⁾; c'est l'hypothèque judiciaire (*pignus giudiciale vel in causa judicati captum*)⁽⁴⁴⁾.

3° Quand deux mois se sont écoulés depuis la saisie⁽⁴⁵⁾, les officiers du magistrat procèdent à la vente des biens saisis⁽⁴⁶⁾.

B) *De la contrainte par corps*. Comme dans le cas précédent, quatre mois après la condamnation⁽⁴⁷⁾, le demandeur est en droit de réclamer l'incarcération du condamné. Celui-ci est enfermé dans une prison de l'État⁽⁴⁸⁾, où il est nourri aux frais du créancier, ce qui ne l'empêche pas de pouvoir recevoir des aliments du dehors⁽⁴⁹⁾. Son emprisonnement dure aussi longtemps qu'il n'a pas satisfait son créancier, ou que ce dernier ne renonce pas à son entretien.

§ 409. Du concours de plusieurs créanciers.

D. de rebus auctoritate judicis possidendis, seu vendundis 42, 3;

C. de bonis auctoritate judicis possidendis seu venundandis, et de separationibus bonorum 7, 72.

PUCHTA (W. E.). *Ueber den Concursprocess*. Erlangen, 1827.

SCHWEPPE. *Das System des Concurses der Gläubiger*. Göttingen, 1829 (3^{me} édit.; 1^{re} de 1812).

DABELOW. *Versuch einer ausführlich systematischen Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger*. Halle, 1840 (2^{de} édit.; 1^{re} de 1792).

(41) L. 13, § 2 et 8, D. h. t. — (42) L. 30, D. de evict. 21, 2.

(43) L. 1, C. si in c. j. pign. capt. sit 8, 25; Cf. L. 10, D. qui pot. 20, 4; L. 2, C. eod. 8, 18. — (44) T. I, § 162, 2°. — (45) L. 31 i. f., D. h. t.

(46) L. 2 initio, C. si in c. j. pign. capt. sit 8, 25; L. 9, C. h. t.; L. 31 i. f., D. h. t.; Cf. L. 13, § 10, D. h. t. — Voyez encore L. 2 i. f., L. 3 i. f., C. si in c. j. pign. capt. sit 8, 25; L. 3, C. h. t.; L. 13, § 3, D. h. t.

(47) L. 2 initio, L. 3, pr. initio et § 1, C. de usur. rei judic. 7, 34.

(48) L. 25, C. de episc. aud. 1, 4; C. de priv. carcer. inhib. 9, 3.

(49) L. 34, D. h. t.

BAYER. *Theorie des Concurs-Processes nach gemeinem Rechte*. Munich, 1850 (4^{me} édit.; 1^{re} de 1836).

FUCHS. *Beiträge zum Civilprozess*; 2^{es} Heft : *das Concursverfahren*. Marbourg et Leipzig, 1864.

I. *Notion et historique*. Le concours des créanciers acquiert de l'importance en droit lorsque le débiteur commun est insolvable (*decoctor*, dissipateur) : alors il s'agit de savoir comment la perte résultant de l'insolvabilité sera supportée par les créanciers concurrents.

A) Dans le système de la *manus injectio*, nous manquons de renseignements sur le sort des biens du débiteur adjugé à ses créanciers ; ces biens devaient leur profiter, car le condamné étant devenu leur esclave, ils lui succédaient à titre universel en vertu de la grande diminution de tête, mais nous ignorons d'après quelles règles. Quant à la personne du condamné, les créanciers devaient s'entendre sur sa vente, sinon chacun avait le droit de le mettre à mort et de réclamer sa part du cadavre⁽¹⁾ ; mais ce pouvoir exorbitant ne fut jamais exercé.

B) Dans la suite s'introduisit à Rome un système propre pour la liquidation des biens de l'insolvable, la *bonorum venditio*. Cette institution dut peut-être son origine à la loi Poetelia Papiria de l'an 428⁽²⁾ ; dans tous les cas, le préteur Rutilius en fut l'organisateur, au plus tard au commencement du septième siècle⁽³⁾. La vente des biens de l'insolvable affecta successivement deux formes différentes :

1° Originellement elle se faisait en bloc, et de telle manière que l'acheteur de la masse active s'engageait à payer, non pas une somme fixe d'argent, mais un certain nombre de tantièmes pour cent

(1) AULU-GELLE, XX, 1 i. f.; QUINTILIEN, *Instit. orat.* III, 6; TERTULLIEN, *Apologétique* 4. Il est impossible d'interpréter autrement ces textes, et surtout de les appliquer au partage des biens du condamné ; NIEBUHR (*Röm. Gesch.* II, p. 670) a raison de qualifier d'absurde la seule tentative d'une autre explication ; cf. *Compte-rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques de France* III, p. 225 sq.; V, p. 165 sq.; XI, p. 210 sq. et 277 sq. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* I, § 53, p. 198-200.

(2) NIEBUHR, *Röm. Gesch.* III, p. 180.

(3) GAIES, IV, 38 in medio ; CIC., *pro Quintio*. — DERNBURG, *Ueber die emtio bonorum*, Heidelberg, 1830.

des dettes (4) ; il faut cependant supposer que le *bonorum emptor* était tenu au paiement intégral des dettes hypothécaires ou privilégiées, lesquelles étaient sans doute inventoriées à l'avance dans les *leges venditionis* ; les enchérisseurs avaient donc à tenir compte, dans leurs enchères, du montant desdites dettes (5). Cette vente globale des biens de l'insolvable donnait lieu à une succession à titre universel entre l'insolvable et le *bonorum emptor* ; la personnalité du premier était censée anéantie au profit du second qui le représentait à tous égards (6). D'un côté, le *bonorum emptor* acquérait la propriété naturelle de tous les biens de l'insolvable (7), et par conséquent avait une revendication utile contre les tiers détenteurs ; le prêteur lui accorda en outre l'*interdictum possessorium*, analogue à l'interdit *Quorum bonorum*, pour entrer en possession des biens achetés (8) ; contre les débiteurs de l'insolvable l'acheteur disposait, soit de l'action Servienne, qui reposait sur la fiction qu'il était héritier, soit de l'action Rutilienne, où il était censé représenter l'insolvable (9). D'un autre côté, le *bonorum emptor* devait payer les créanciers de l'insolvable conformément à l'adjudication (10) ; ce paiement ne libérait l'insolvable que jusqu'à due concurrence ; ses créanciers pouvaient reprendre leurs poursuites contre lui s'il acquérait de nouveaux biens (11).

2° Cette manière de vendre les biens de l'insolvable n'était guère avantageuse aux créanciers : les biens atteignaient difficilement leur valeur réelle, à cause de l'importance de la vente d'un patrimoine entier, et par suite de l'incertitude du prix. Au commencement de l'empire un sénatus-consulte statua, que lorsque l'insolvable appartenait au rang sénatorial, ses biens se vendraient en détail et à prix

(4) ASCONIUS, *ad Milon.* p. 54 ; CIC., *pro Rabirio Postumo* 17 ; THÉOPHILE, pr. i. f., I. *de success.* subl. 5, 12.

(5) Arg. L. 15, § 5, D. *de re judic.* 42, 1 ; ASCONIUS, *ad Milon.* p. 54, cbn. avec PLIN., H. N. XXXVI, 24, § 12.

(6) Pr. initio, I. *de succ. subl., quæ feeb. per bon. vend.* 3, 12 ; THÉOPHILE, *eod.* ; Cf. CIC., *pro Quinctio* 8 ; GAIUS, II, 134.

(7) GAIUS, IV, 80 initio ; Cf. GAIUS, IV, 80 i. f. ; VARRON, *de re rust.* II, 10.

(8) GAIUS, IV, 143, cf. 146. — (9) GAIUS, IV, 53 ; III, 81, cf. IV, 63.

(10) GAIUS, III, 81 ; IV, 63 i. f. — (11) GAIUS, II, 133 i. f.

fixe (*distractio bonorum*)⁽¹²⁾; le nouveau système fut étendu par l'usage aux débiteurs d'un rang ordinaire⁽¹³⁾, et après avoir concouru avec l'ancien au moins jusqu'à Dioclétien⁽¹⁴⁾, il finit par le supplanter entièrement⁽¹⁵⁾.

II. *Ouverture du concours.* A) Le concours des créanciers a sa cause première dans l'insolvabilité du débiteur. Cette insolvabilité se présume :

1° Si le débiteur en fait la déclaration⁽¹⁶⁾.

2° S'il est l'objet de poursuites qui semblent attester qu'il est insolvable⁽¹⁷⁾.

3° En cas de contumace⁽¹⁸⁾.

4° Lorsque personne, pas même le fisc⁽¹⁹⁾, ne réclame sa succession⁽²⁰⁾.

B) Dans chacun de ces cas, le créancier peut demander au magistrat l'envoi en possession des biens du débiteur, et le magistrat l'accorde après un examen préalable⁽²¹⁾. L'effet de l'envoi en possession est de conférer aux créanciers la détention et la garde des biens du débiteur⁽²²⁾, avec le droit de les administrer à sa place⁽²³⁾; tout acte d'administration émané du débiteur après l'envoi en possession, est nul de plein droit et considéré comme non avenu⁽²⁴⁾. Le prêteur protège les créanciers dans l'exercice de leurs droits par l'interdit *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*⁽²⁵⁾. Il leur accorde en

(12) L. 3, cf. L. 9, D. de curat. fur. 27, 10. — (13) L. 9, D. cit.

(14) L. 6 i. f., C. h. t. — (15) Pr. i. f., I. de succ. subl. 3, 12; L. 10, § 2 initio, C. h. t.

(16) Loi *Jubia municipalis* c. 8. — (17) GAUS, III, 78 in medio; L. 12, pr., D. h. t.

(18) GAUS, III, 78 initio; Cic., pro Quinctio 19 et 28; L. 2-7, D. quib. ex c. in poss. eat. 42, 4. — (19) L. 3, C. h. t.

(20) GAUS, III, 78 i. f.; II, 167 i. f.; L. 8-9, D. quib. ex c. in poss. eat. 42, 4.

(21) L. 18, D. si servo. vindic. 8, 3; L. 8, D. quib. ex c. in poss. eat. 42, 4; Cic., pro Quinctio 16.

(22) Cic., pro Quinctio 27; Cf. L. 3, § 25, L. 10, § 1, D. de A. v. A. P. 41, 2; L. 8, C. h. t.

(23) L. 8, § 1 initio, 2-4, D. h. t.; Cf. L. 10, § 16, D. quæ in fraud. credit. 42, 8; L. 13, pr., vi^o Ego puto., et § 1, D. h. t., cbn. avec L. 36, pr., D. de V. S. 50, 16.

(24) L. 23, D. h. t.; L. 6, § 7 i. f., D. quæ in fraud. credit. 42, 8.

(25) D. ne vis fiat ei, qui in poss. missus erit 43, 4; L. 14, pr., D. quib. ex c. in poss. eat. 42, 4.

même temps une hypothèque prétorienne sur les biens saisis⁽²⁶⁾.

C) Les créanciers qui ont obtenu l'envoi en possession, sont tenus de le rendre aussitôt public par voie d'affiches (*proscriptio bonorum*)⁽²⁷⁾, en sommant les autres créanciers de se présenter, et les détenteurs de biens de l'insolvable d'en faire le rapport à la masse⁽²⁸⁾. Un mois après cette annonce, les créanciers peuvent nommer un curateur chargé de préparer et de faire la vente des biens (*curator vel magister bonorum distrahendorum*)⁽²⁹⁾; c'était le plus souvent l'un des créanciers⁽³⁰⁾; un mois plus tard on procédait à la vente⁽³¹⁾. Tels étaient du moins les délais observés à l'époque classique. Plus tard ils furent remplacés par un autre qui ne nous est pas indiqué d'une manière précise⁽³²⁾; tout ce que nous savons, c'est qu'un créancier quelconque de l'insolvable pouvait profiter de l'envoi en possession pendant deux ou quatre ans, selon qu'il était domicilié dans la même province que les créanciers envoyés en possession ou dans une province différente et réclamer sa part et portion dans la masse comme s'il avait obtenu l'envoi en possession avec les autres⁽³³⁾; ces délais passés, il doit s'en tenir à l'excédant qu'a pu laisser la liquidation de la masse⁽³⁴⁾ et dont la loi ordonne le dépôt⁽³⁵⁾, car il conserve pleinement son droit de créance⁽³⁶⁾.

D) La vente comprend l'ensemble des biens appartenant au débiteur à l'époque de la vente. Mais cette propriété du débiteur est indispensable : on ne vend point les choses dont un tiers peut réclamer la restitution comme propriétaire⁽³⁷⁾ ou comme créan-

(26) L. 26, D. de P. A. 15, 7; L. 2, C. de præd. pign. 8, 22; Arg. L. 55 i. f., D. h. t.

(27) Cic., *pro Quintio* 6, 15, 19 et 20; THÉOPHILE, pr. in medio, I. de succ. subl., quæ feb. per bon. vend. 3, 12. — (28) KELLER, l. c. § 83, II, 2^o.

(29) GAIES, III, 79 initio; THÉOPHILE, pr. in medio, I. de succ. subl., quæ feb. per bon. vend. 3, 12; L. 15, pr. initio, D. h. t.; L. 2, pr., D. de curat. bon. dando 42, 7.

(30) GAIES, III, 79 initio; Cf. L. 2, § 4, D. de curat. bon. dando 42, 7.

(31) GAIES, III, 79 in medio. — Ces délais sont réduits de moitié s'il s'agit d'une succession obérée (GAIES, III, 79).

(32) L. 9 i. f., L. 10, § 2 initio, C. h. t. — BAYER, *Concurs* § 14, V, et notes 20-22.

(33) L. 10, pr. et § 1 initio, C. h. t.

(34) L. 10, § 2 i. f., C. cit.; Cf. L. 6, C. de remiss. pign. 8, 26.

(35) L. 10, § 2 initio, C. h. t. — (36) L. 10, § 1 i. f., C. cit.

(37) L. 24, § 2 i. f., D. h. t.; L. 1, C. de privit. fasci 7, 75; Arg. L. 3, C. qui bon. ced.

cier⁽⁵⁸⁾; ni les uns ni les autres ne font vraiment partie du patrimoine de l'insolvable, et un tiers y a un droit acquis. Parmi les biens propres du débiteur, on excepte encore de la vente les objets mobiliers de première nécessité⁽⁵⁹⁾ et les marques d'honneur obtenues par le débiteur⁽⁴⁰⁾. La vente se fait au nom de l'insolvable, avec les effets ordinaires d'une vente par représentant⁽⁴¹⁾. Elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence des paiements faits avec son produit entre les mains des créanciers⁽⁴²⁾; il peut être poursuivi derechef s'il lui survient de nouveaux biens⁽⁴³⁾, et demeure d'ailleurs soumis à la contrainte par corps⁽⁴⁴⁾; un effet particulier de la vente des biens de l'insolvable est de le marquer d'infamie⁽⁴⁵⁾.

E) La théorie que nous venons d'exposer, subit quelques modifications lorsque le débiteur a fait cession de biens. La cession de biens, qui date d'une loi Julia de César ou d'Auguste⁽⁴⁶⁾, est conventionnelle ou légale : la première résulte d'une convention intervenue entre l'insolvable et ses créanciers; la seconde est un bénéfice auquel le débiteur a un droit acquis toutes les fois qu'il est de bonne foi⁽⁴⁷⁾, à condition de jurer qu'il n'a rien détourné (*ejuratio, juramentum manifestationis*)⁽⁴⁸⁾; dans les deux hypothèses aucune forme n'est nécessaire⁽⁴⁹⁾. La cession de biens équivaut à l'envoi en possession des biens de l'insolvable : elle en tient lieu et produit les mêmes effets. Ici également les créanciers cessionnaires ne deviennent pas

poss. 7, 71. — L. 29, L. 30 i. f., C. de J. D. 5, 12; Nov. 97, c. 6, et Authent. ad L. 29, C. cit. (T. II, § 293, I, note 9, et § 297, II, 4^e). — (58) Arg. L. 24, § 2 i. f., D. h. t.

(59) Arg. L. 6 initio, D. de pignor. 20, 1. — (40) L. 29, D. h. t.

(41) Cf. L. 4, D. de curat. bon. dando 42, 7.

(42) Arg. § 40, I. de act. 4, 6; L. 4, pr., L. 7, D. de cess. bon. 42, 5; L. 23, § 7, D. quæ in fraud. credit. 42, 8. — (43) Arg. des trois premiers textes de la note précédente.

(44) Arg. L. 1 i. f., L. 8 initio, C. qui bon. ced. poss. 7, 71.

(45) Arg. L. 23, § 7 i. f., D. quæ in fraud. credit. 42, 8, v^o pœnam; L. 11, C. ex q. c. inf. irrog. 2, 12; L. 8 initio, C. qui bon. ced. poss. 7, 71. — (46) GAUS, III, 78 initio.

(47) L. 1, C. Théod. qui bon. ex lege Julia ced. poss. 4, 20; Arg. L. 23, § 7 i. f., D. quæ in fraud. credit. 42, 8, v^o pœnam, ebn. avec L. 11, C. ex q. c. inf. irrog. 2, 12; Nov. 133, præf. i. f. — (48) Nov. 133, c. 1 in medio.

(49) L. 9, D. de cess. bon. 42, 5; L. 2, C. Théod. qui bon. ex lege Jul. ced. poss. 4, 20; L. 6, C. J. qui bon. ced. poss. 7, 71.

propriétaires des biens abandonnés⁽⁵⁰⁾; ils n'ont qu'un simple mandat de vendre⁽⁵¹⁾, sur lequel le débiteur est libre de revenir jusqu'au moment de la vente, en satisfaisant ses créanciers⁽⁵²⁾. La cession de biens ne libère non plus le cédant que jusqu'à due concurrence; les créanciers cessionnaires peuvent reprendre leurs poursuites contre le débiteur s'il lui survient de nouveaux biens⁽⁵³⁾. L'avantage de la cession de biens est de soustraire le débiteur à la contrainte par corps⁽⁵⁴⁾ et à l'infamie⁽⁵⁵⁾, et de plus de lui assurer, en cas d'acquisitions ultérieures, le bénéfice de compétence⁽⁵⁶⁾. Il n'est guère besoin d'ajouter que dans la cession conventionnelle, il dépend des parties de déroger aux effets généraux de la cession.

F) Rappelons encore pour mémoire les sursis de payement qui peuvent être accordés au débiteur insolvable⁽⁵⁷⁾, le concordat consacré par la loi romaine dans le cas où une personne appelée à une succession, hésite à l'accepter à cause des dettes héréditaires⁽⁵⁸⁾, enfin l'importante prérogative des créanciers de pouvoir faire rescinder les actes frauduleux que leur débiteur a conclus avant l'envoi en possession⁽⁵⁹⁾.

III. *Classification des créanciers.* La vente de la masse étant réalisée, avec son produit on paye les dettes dans l'ordre suivant :

- 1° Frais de la masse⁽⁶⁰⁾;
- 2° Frais funéraires⁽⁶¹⁾;
- 3° Créances hypothécaires privilégiées⁽⁶²⁾;
- 4° Créances hypothécaires simples⁽⁶³⁾;
- 5° Créances chirographaires privilégiées⁽⁶⁴⁾;

(50) L. 5 initio, D. de cess. bon. 42, 5; L. 2, L. 4 in medio, C. qui bon. ced. poss. 7, 71.

(51) L. 4 in medio, C. cit. — (52) L. 2, C. eod.; L. 5 i. f., L. 5, D. de cess. bon. 42, 5.

(53) L. 7, D. eod.; L. 1, C. qui bon. ced. poss. 7, 71.

(54) L. 1 i. f., L. 8 initio, C. eod.; Nov. 135, c. 1 in medio.

(55) L. 11, C. ex q. c. inf. irrog. 2, 12; L. 8 initio, C. qui bon. ced. poss. 7, 71; Nov. 135, c. 1 in medio.

(56) § 40, I. de act. 4, 6; § 4 i. f., I. de replic. 4, 14; L. 4, pr., L. 6-7, D. de cess. bon. 42, 5; L. 5, C. h. t., 7, 72. — (57) T. I, § 189, II, 1°. — (58) T. I, § 187, II.

(59) T. I, § 222. — (60) Arg. L. 2, § 1 initio, D. de curat. bon. dando 42, 7.

(61) L. 14, § 1 initio, L. 43, L. 46, § 2, D. de relig. et sumt. fun. 11, 7, ebn. avec L. 14, § 5, L. 37, D. eod., et L. 17, pr., D. h. t., 42, 5. — (62) T. I, § 167, I, A, 2°.

(63) T. I, § 160-163 et 167, I, A, 1°, B et C. — (64) T. I, § 172, IV.

6° Créances chirographaires simples, en proportion de leur montant respectif⁽⁶⁵⁾;

7° Legs faits par le débiteur décédé⁽⁶⁶⁾.

IV. *De la séparation d'un patrimoine en plusieurs masses.* Il arrive que les biens d'un débiteur doivent, pour la liquidation de ses dettes, être séparés en deux ou plusieurs masses, ayant chacune des créanciers distincts. Le droit de demander une semblable séparation appartient :

1° Aux créanciers et légataires d'une succession⁽⁶⁷⁾.

2° Aux créanciers d'un fils de famille ou d'un esclave qui a fait un commerce avec une partie de son pécule, en vue d'obtenir la séparation du fonds commercial du reste du pécule⁽⁶⁸⁾, et même des divers fonds commerciaux lorsqu'il y en a plusieurs⁽⁶⁹⁾.

§ 410. *De quelques procédures spéciales.*

I. *Procédures sommaires.* 1° Certaines affaires de police peuvent être expédiées par le magistrat sans l'observation d'aucune forme⁽¹⁾.

2° S'il s'agit de mesures provisoires, on se borne à exiger du demandeur qu'il rende sa réclamation vraisemblable⁽²⁾.

3° Les procès fiscaux ne peuvent se prolonger en règle générale au delà de six mois⁽³⁾.

4° La procédure des interdits semble également avoir été rapide : peut-être que les interdits avaient la préférence sur les autres actions ; peut-être y avait-il des délais fixes pour la durée du procès ou pour les divers actes de la procédure⁽⁴⁾ ; mais il règne sur cet objet une obscurité complète. Dans l'interdit *de vi* l'appel n'était pas suspensif⁽⁵⁾.

(65) L. 6 i. f., C. h. t. — (66) L. 13, C. de leg. 6, 37 ; L. 1, C. h. t.

(67) T. II, § 342, II, B. — (68) T. II, § 242, II, 5°.

(69) T. II, § 242, II, 5° i. f. — Voyez encore L. 1, § 9, D. de separ. 42, 6.

(1) L. 9, § 3, D. de off. procons. 1, 16.

(2) L. 3, C. de ed. divi Hadr. toll. 6, 33 (T. II, § 344, II, B). — DE SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtl. R. W.* VI, p. 251 sq. — (3) L. 11, C. de jure fisci 10, 1.

(4) L. 3, C. quor. bon. 8, 2 ; L. 1, C. si per vim 8, 3.

(5) L. un., C. si de moment. poss. fuer. appell. 7, 69. — Voyez aussi L. 1 initio, C. si per vim 8, 3 ; L. 3, C. qui legit. pers. 3, 6.

II. *Procédure orale*. La procédure orale s'appliquait aux causes minimales⁽⁶⁾ et tendait à éviter les frais judiciaires⁽⁷⁾; tout y était oral, à part un résumé des débats et du jugement⁽⁸⁾.

III. *Procédure par rescrit*. 1^o Le demandeur pouvait soumettre le litige au prince, au moyen d'une requête (*libellus*, *supplicatio*, *preces*), pourvu qu'aucun tribunal n'en fût encore saisi⁽⁹⁾. Le but de cette démarche était le plus souvent d'obtenir pour juge l'empereur lui-même ou un juge extraordinaire délégué par lui, soit parce que le juge ordinaire n'inspirait pas de confiance⁽¹⁰⁾ ou même avait déjà refusé l'affaire⁽¹¹⁾, soit à cause de la puissance de l'adversaire ou de l'impuissance personnelle du demandeur⁽¹²⁾; mais parfois aussi la requête tendait simplement à connaître l'avis de l'empereur sur la question de droit soulevée par le débat. Dans les deux cas, le prince répondait au demandeur par un rescrit qui arrêtaient les règles juridiques à observer dans le jugement de l'affaire, en renvoyant celle-ci au juge ordinaire ou à un délégué spécial⁽¹³⁾; le délégué était régulièrement choisi parmi les fonctionnaires supérieurs ou ceux qui l'avaient été, et à ce titre il appartenait aux *illustres* ou aux *spectabiles*⁽¹⁴⁾; l'empereur jugeait très-rarement en personne⁽¹⁵⁾. Le demandeur transmettait le rescrit au tribunal conjointement avec sa requête, et le tribunal communiquait l'un et l'autre au défendeur en le citant en justice⁽¹⁶⁾. La procédure par rescrit offrait cette particularité, que la supplique à l'empereur

(6) L. 5, § 4, C. de *privil. schol.* 12, 50; Nov. 17, c. 5 initio, et Authent. ad L. 5, C. de *sent.* 7, 44; Nov. 28, c. 5 in medio; Nov. 82, c. 5 initio. — Voyez aussi Nov. 83, præf., pr. i. f. — (7) Nov. 28, c. 5 in medio. — (8) Nov. 82, c. 5; Nov. 86, c. 2 in medio.

(9) C. ut *litis pendente, vel post provocationem, aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare* 1, 21. — (10) AMMIEN MARCELLIN, XXVII, 7.

(11) L. 5, § 1, D. de *appell. recip.* 49, 3.

(12) L. un. i. f., C. *quando imper. inter pup. v. viduas v. alias miserabiles pers. cognosc.* 5, 14; Cf. L. un. cit., initio. — (13) L. 2, C. de *dilat.* 3, 11.

(14) L. 52, § 4-5, C. de *appell.* 7, 62; Nov. 25, c. 4 i. f.; Cf. Nov. 125, c. 21.

(15) L. 92, D. de *hered. instit.* 28, 5; L. 12, pr. initio, C. de *legib.* 1, 14.

(16) L. 5, § 1, C. de *præscr.* 50 v. 40 ann. 7, 59, vis *Nec sufficiat conventio*; Nov. 112, c. 3, pr., vis *sive per preces delatas*.

produisait déjà les effets de la *litis contestatio*⁽¹⁷⁾, sauf qu'en vertu de la règle générale, l'interruption de la prescription des actions qui duraient plus d'un an, exigeait l'assignation du défendeur⁽¹⁸⁾.

2° Comme le demandeur, le juge déférait assez fréquemment une affaire au tribunal de l'empereur, surtout lorsque la solution lui paraissait douteuse⁽¹⁹⁾; mais il ne lui était permis de le faire qu'après l'instruction complète de la cause⁽²⁰⁾; ce mode de procédure s'appelait *relatio vel consultatio (ante sententiam)*. Le juge faisait un rapport détaillé sur la cause, et le communiquait aux plaideurs qui pouvaient y ajouter leurs observations (*libelli refutatorii, preces refutatoriae*)⁽²¹⁾; après quoi il envoyait à l'empereur son rapport, les mémoires des parties et les procès-verbaux de l'affaire⁽²²⁾. Celle-ci était alors instruite par le questeur du palais assisté de deux juges du rang d'*illustres*⁽²³⁾, et finalement l'empereur statuait par la voie d'un *rescrit*⁽²⁴⁾ qui avait force de chose jugée⁽²⁵⁾. — Une Novelle de Justinien proscrivit cette procédure⁽²⁶⁾.

(17) L. 1, C. *quando libell. princ. datus litis contest. faciat* 1, 20; Cf. L. 53, C. *de donat.* 8, 54.

(18) L. 3, § 1, C. *de præscr.* 50 v. 40 ann. 7, 59, v^{is} *Nec sufficiat conventio* (T. II, § 579, II, B, 5^o, b). — L. 2, C. *quando libellus* 1, 20. — Voyez sur le *rescrit* en général T. I, § 5, I, C, 1^o, c, et 2^o.

(19) L. 1, C. *Théod. de relat.* 11, 29; L. 53, C. *Théod. de appell.* 11, 50.

(20) L. 1, *cod.*; L. 1, C. *Theod. de jud.* 2, 18; L. 1, C. *J. de relat.* 7, 61.

(21) L. 5, L. 3, C. *Théod. de relat.* 11, 29; L. 1, L. 6, L. 8, L. 24, C. *Théod. de appell.* 11, 50; L. 2, C. *J. de relat.* 7, 61.

(22) L. 4 3, C. *Théod. de relat.* 11, 29; L. 1, L. 9, L. 11, L. 53, C. *Théod. de appell.* 11, 50; L. 5, C. *J. de relat.* 7, 61; L. 13, C. *J. de appell.* 7, 62. — (23) L. 54, *cod.*

(24) L. 7, C. *J. de div. resc.* 1, 25.

(25) L. 54, C. *J. de appell.* 7, 62; L. 6, L. 9, L. 11, C. *Théod. cod.* 11, 50.

(26) Nov. 125. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* III, § 157, p. 90-92, et § 136, p. 294-296.

FIN DU SECOND TOME.

202,230



HA9204913

CORRECTIONS.

T. I, p. 88, lignes 13-18, la disposition attribuée à la loi *Cornelia de sicariis* est due en réalité à une constitution d'Antonin le Pieux s'inspirant de la loi *Cornelia de sicariis* (Cours II, p. 202-203).

- p. 433, • 13-16; effacez les mots « à l'égard du demandeur » et « par le demandeur, » en supprimant au T. I, p. 831 la correction qui se réfère à la page 391 (Cours II, p. 322).

T. II, p. 63, note 9, lisez : § 403, V, A, 4^e.

- p. 113, • 30, • § 379, II, B, 3^e, a.
- p. 163, notes 34 et 33, transposez à la note 34 les textes cités à la note 33, et v/v.
- p. 180, note 46, lisez : L. 41, § 4, D. de J. D. 23, 3.
- p. 190, ligne 10, • possession d'état d'enfant légitime.
- p. 193, • 21, • 110,000 francs.
- p. 218, note 24, transposez au commencement de la note 23 la citation de la *Collatio*.
- p. 231, • 2, lisez : Arg. L. 3, C. h. t.
- p. 347, • 32, • L. 3 i. f., C. de edicto divi Hadr. toll. 6, 33.
- p. 373, • 3, • L. 3, pr. et § 1 initio, D. h. t.

ADDITIONS.

T. II, p. 143, ajoutez à la bibliographie du § 282 : BURKHARD. *Fortsetzung des Glücklichen Commentars, Serie der Bücher 39 und 40, 1^{er} Theil*. Erlangen, 1871.

- p. 237, ajoutez à la bibliographie du § 317 : LEIST. *Fortsetzung des Glücklichen Commentars, Serie der Bücher 37 und 38, 1^{er} Theil*. Erlangen, 1870.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE SECOND VOLUME.

	Pages.
I. DES CONTRATS CONSENSUELS ET DES CONVENTIONS ANALOGUES.	
A) <i>De la vente.</i>	
§§ 226. Notion et conditions	1
227. Effets de la vente	6
227 ^{bis} . De quelques espèces particulières de ventes	8
B) <i>Du louage.</i>	
228. Notion et espèces.	10
<i>Du louage de choses.</i>	
229. Conditions.	11
230. Effets du louage de choses	12
231. De la fin du louage de choses	13
232. Du louage de services	17
233. Du louage irrégulier	19
C) <i>De la société.</i>	
234. Notions et conditions.	21
235. Des diverses espèces de sociétés.	24
236. Des effets de la société entre associés	26
237. Des effets de la société à l'égard des tiers	29
238. De la dissolution de la société	30
238 ^{bis} . De la liquidation de la société	33
D) <i>Du mandat.</i>	
239. Notion et conditions	36
240. Des diverses espèces de mandats	38
241. Des effets du mandat entre parties.	39
242. Des effets du mandat à l'égard des tiers	42
243. Comment le mandat prend fin	43
244. E) <i>Du contrat emphytéotique</i>	47
F) <i>De la donation.</i>	
245. Historique des donations.	48
246. Notion et conditions des donations	52

	Pages.
§§ 247. De quelques espèces particulières de donations	53
248. Des effets des donations	58
249. De la révocation des donations	59
249 ^{bis} . G) <i>Du contrat de rente</i>	61
250. H) <i>Du compromis</i>	62
251. I) <i>De la convention relative à un serment extrajudiciaire</i>	64
252. J) <i>Des pactes accessoires à un contrat</i>	67
II. DES PACTES SIMPLES ET DE LA STIPULATION.	
253. Des pactes simples	73
254. De la stipulation	75
III. DES CONTRATS RÉELS.	
A) <i>Du prêt de consommation</i> .	
255. Notion et conditions	77
256. Des effets du prêt de consommation	80
B) <i>Du prêt à usage</i> .	
257. Notion et conditions	82
258. Des effets du prêt à usage	85
C) <i>Du dépôt</i> .	
259. Notion et conditions	85
260. Des effets du dépôt	85
261. De quelques espèces particulières de dépôts	86
D) <i>Du contrat de gage</i> .	
262. Notion et conditions	89
263. Des effets du contrat de gage	90
264. E) <i>De l'échange</i>	91
265. F) <i>Du contrat estimatoire</i>	93
266. G) <i>Du précaire</i>	94
267. H) <i>De la transaction</i>	96
CHAPITRE II. — <i>Des quasi-contrats</i> .	
268. Observations préliminaires	99
269. De la gestion d'affaires	100
270. De l'enrichissement injuste aux dépens d'autrui.	103
271. De la communauté accidentelle	108
272. De la réception des choses d'un voyageur ou d'un passager.	116
273. Des pertes et avaries maritimes subies dans l'intérêt commun	117
CHAPITRE III. — <i>Des délits</i> .	
274. Principes généraux sur la matière	120
275. Du vol	126
276. De la rapine	130
277. Du dommage illicite	131
278. De l'injure	135
279. CHAPITRE IV. — <i>Des quasi-délits</i>	138
CHAPITRE V. — <i>Des obligations légales</i> .	
280. Aperçu de ces obligations	140

TABLE DES MATIÈRES.

563

	Pages.
§§ 281. De la <i>cautio damni infecti</i>	141
282. Du nouvel œuvre	143
283. De l'obligation d'exhiber	146
284. De l'obligation d'enterrer	149
285. De l'obligation de déposer en justice	150
286. Des obligations naissant de certaines pollicitations	151

LIVRE QUATRIÈME. — DES DROITS PERSONNELS OU DE FAMILLE.

TITRE I. — DU MARIAGE.

287. Notion et formes diverses du mariage.	153
--	-----

CHAPITRE I. — *De la conclusion du mariage.*

288. Des fiançailles	157
289. Des conditions du mariage	158
290. Du mariage qui ne réunit pas toutes les conditions requises	164

CHAPITRE II. — *Des effets du mariage.*SECTION I. — *Des effets du mariage entre époux.*

291. Des rapports personnels des époux	165
292. Des effets du mariage quant aux biens des époux. — Principes fondamentaux	167

I. *De la dot.*

293. Notions générales	170
294. De la constitution de la dot.	171
295. Des effets de la constitution de dot entre conjoints.	173
296. De la restitution de la dot	176
297. II. <i>De la donation à cause de mariage ou de la contre-dot</i>	183

SECTION II. — *Des effets du mariage par rapport aux enfants.*

298. Comment se détermine la paternité légitime.	186
299. Des rapports entre parents et enfants légitimes	190

CHAPITRE III. — *De la dissolution du mariage.*

300. Des causes de dissolution du mariage.	193
301. Des effets de la dissolution du mariage	196

TITRE II. — DES PUISSANCES.

301 ^{bis} . CHAPITRE I. — <i>De la puissance dominicale</i>	200
--	-----

302. CHAPITRE II. — <i>Du mancipium</i>	217
---	-----

CHAPITRE III. — *De la puissance paternelle.*

303. Caractères généraux de la puissance paternelle à Rome.	220
---	-----

SECTION I. — *De l'acquisition de la puissance paternelle*

304. I. <i>De l'acquisition de la puissance paternelle sur les enfants procréés en mariage légitime.</i>	221
--	-----

305. II. <i>De la légitimation</i>	225
--	-----

III. *De l'adoption.*

306. Notion de l'adoption et de ses diverses espèces	226
--	-----

307. De l'adoption régulière.	227
---------------------------------------	-----

	Pages.
§§ 308. Des adoptions irrégulières	251
308 ^{bis} . De la réception d'un pupille.	252
SECTION II. — <i>Des effets de la puissance paternelle.</i>	
309. Principes fondamentaux	253
310. Des droits du père de famille sur la personne de ses enfants	253
311. Des droits du père de famille sur les biens de ses enfants	257
312. Des dettes des enfants sous puissance.	241
SECTION III. — <i>De l'extinction de la puissance paternelle</i>	
313. Des causes d'extinction de la puissance paternelle	244
313 ^{bis} . Des effets de l'extinction de la puissance paternelle	246
314. CHAPITRE IV. — <i>De la manus</i>	248
314 ^{bis} . TITRE III. — DES ENFANTS ILLÉGITIMES	251

LIVRE CINQUIÈME. — DES DROITS A CAUSE DE MORT OU DU DROIT HÉRÉDITAIRE.

315. Notions préliminaires	255
TITRE I. — <i>DE L'HÉRÉDITÉ.</i>	
CHAPITRE I. — <i>De l'hérédité en général.</i>	
316. Caractère de l'hérédité	255
317. Des diverses espèces d'hérédités	257
318. De la capacité d'hériter et de l'indignité	263
319. De la délation et de l'acquisition de l'hérédité	270
CHAPITRE II. — <i>Délation de l'hérédité.</i>	
SECTION I. — <i>De la succession légitime.</i>	
320. Notions préliminaires	274
321. Système de la loi des Douze tables	277
322. Système du droit prétorien.	279
323. Développement du système civil sous l'empire	283
324. Système des Nouvelles 118 et 127	288
SECTION II. — <i>De la succession testamentaire.</i>	
325. Notions préliminaires	294
326. I. <i>Caractères essentiels du testament</i>	295
II. <i>Conditions et éléments du testament.</i>	
327. De la capacité du testateur.	296
328. De l'institution d'héritier	299
329. Des substitutions	504
330. De la forme du testament	309
<i>De la succession nécessaire.</i>	
331. Notions	314
332. De la succession nécessaire formelle de l'ancien droit civil.	314
333. De la succession nécessaire matérielle	319
334. De la succession nécessaire formelle d'après la Nouvelle 113	326
335. De la succession nécessaire dans le dernier état du droit romain	328
336. De quelques réserves spéciales.	330

	Pages.
§§ 337. III. <i>De l'infirmité du testament.</i>	331
337 ^{bis} . IV. <i>De l'exécution du testament.</i>	334
SECTION III. — <i>De la fin de la délation de l'hérédité.</i>	
338. Des causes qui font cesser cette délation	336
339. Du sort de l'hérédité non recueillie par un premier appelé	338
CHAPITRE III. — <i>De l'acquisition de l'hérédité.</i>	
SECTION I. — <i>Notion et conditions de l'acquisition de l'hérédité.</i>	
340. Droit civil	344
341. Droit prétorien	348
SECTION II. — <i>Des effets de l'acquisition de l'hérédité.</i>	
342. Effets entre les héritiers et les tiers	349
343. Effets entre cohéritiers	354
344. Des actions des héritiers contre les tiers	359
345. Des actions entre cohéritiers	363
CHAPITRE IV. — <i>De la perte de l'hérédité.</i>	
346. Notions générales	364
347. De la vente de l'hérédité	368
TITRE II. — DES LEGS.	
CHAPITRE I. — <i>Des legs en général.</i>	
348. Caractère et divisions des legs	368
349. Historique des legs proprement dits	370
350. Historique des fidéicommiss.	372
351. De l'ouverture et de l'acquisition des legs	375
CHAPITRE II. — <i>De la confection des legs.</i>	
SECTION I. — <i>Conditions de la validité des legs.</i>	
352. Principes généraux	377
353. Des personnes dans les legs	378
354. De l'objet des legs	380
355. De la forme des legs	382
356. SECTION II. — <i>Du legs dépourvu de l'une des conditions requises.</i>	385
CHAPITRE III. — <i>De l'infirmité des legs.</i>	
SECTION I. — <i>Des causes de cette infirmité.</i>	
357. Des causes d'infirmité relatives au disposant	387
358. Des causes d'infirmité relatives au légataire	389
359. Des causes d'infirmité relatives au grevé	389
359 ^{bis} . Des causes d'infirmité relatives à la chose léguée	390
360. SECTION II. — <i>Des suites de l'infirmité des legs.</i>	391
CHAPITRE IV. — <i>De l'acquisition des legs.</i>	
361. SECTION I. — <i>Notion et conditions de cette acquisition</i>	396
SECTION II. — <i>Des effets de l'acquisition du legs.</i>	
362. Des droits du légataire	396
363. Des droits du grevé	399
CHAPITRE V. — <i>De quelques legs en particulier.</i>	
364. Du legs d'un corps certain et du legs alternatif	406
365. Du legs d'un genre	407

	Pages.
§§ 366. Du legs d'une quantité.	407
367. Du legs d'un ensemble.	409
368. Du legs de droits réels.	410
369. Des legs relatifs à des rapports obligatoires.	411
370. Du legs universel.	413
370 ^{bis} . De la substitution fideicommissaire.	418
371. TITRE III. — DES DONATIONS A CAUSE DE MORT.	420
372. TITRE IV. — DES MORTIS CAUSA CAPIONES.	424
373. TITRE V. — DES TESTAMENTS MILITAIRES.	426

LIVRE SIXIÈME. — DES ACTIONS.

TITRE I. — DES ACTIONS EN GÉNÉRAL.	
574. Observations préliminaires.	450
CHAPITRE I. — <i>Divisions des actions.</i>	
575. Divisions des actions quant à leur origine.	452
576. Divisions des actions quant à leur objet.	454
577. Divisions des actions quant aux pouvoirs du juge.	457
578. Divisions des actions quant à la procédure.	440
CHAPITRE II. — <i>Extinction des actions.</i>	
579. De la prescription.	449
580. De la mort d'une partie.	454
581. Du concours d'actions.	453
CHAPITRE III. — <i>De la péremption d'instance.</i>	
582. Historique.	456
583. Théorie du droit nouveau.	457
TITRE II. — DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET DE LA COMPÉTENCE.	
CHAPITRE I. — <i>De l'organisation judiciaire.</i>	
584. Notions générales.	459
SECTION I. — <i>Historique de l'organisation judiciaire à Rome.</i>	
385. Caractères fondamentaux de l'organisation judiciaire dans l'ancien droit romain.	462
586. Des magistrats.	464
387. Des juges.	467
387 ^{bis} . Des assesseurs, des officiers des magistrats et des avocats.	473
588. SECTION II. — <i>Changements dans l'organisation judiciaire sous l'empire.</i>	476
SECTION III. — <i>Organisation judiciaire du droit nouveau.</i>	
589. Principes généraux.	479
389 ^{bis} . De la juridiction administrative, militaire et ecclésiastique.	489
CHAPITRE II. — <i>De la compétence.</i>	
590. Historique de la matière.	490
391. Droit de Justinien.	492
TITRE III. — DE LA PROCÉDURE.	
CHAPITRE I. — <i>Des anciens modes de procédure.</i>	
SECTION I. — <i>Système des actions de la loi.</i>	

	Pages.
392. Notion et historique de ce système	300
393. Des procédures introductives d'instance	302
<i>SECTION II. — Procédure formulaire.</i>	
394. Origine et caractère distinctif de ce système	303
395. Contenu de la formule	306
<i>CHAPITRE II. — De la procédure de Justinien en particulier.</i>	
396. A quelle époque une action doit être intentée	309
397. Des mesures contre les plaideurs téméraires.	310
398. Des plaideurs et de leurs représentants	311
399. Caractères généraux de la procédure romaine	314
400. De l'assignation du défendeur	315
401. De la contumace de l'une des parties.	317
402. De la litis contestatio	320
402 ^{bis} . Des exceptions	323
403. De la preuve.	326
404. Du jugement.	336
405. De l'appel	338
406. Des voies de droit extraordinaires contre un jugement.	341
407. De la chose jugée	342
408. De l'exécution des condamnations.	346
409. Du concours de plusieurs créanciers	351
410. De quelques procédures spéciales	358



REGISTRE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE COURS.

Le chiffre romain désigne le tome, le chiffre arabe la page.

- Abandon de la chose due** I, 663-666.
- Absence** I, 200-201.
- Acceptation de la bonorum possessio** II, 542-549.
— de l'hérédité II, 544-548.
- Acceptation** I, 703-704, 704-703.
- Accession** I, 403-413.
- Accessio possessionis vel temporis** I, 594-596.
- Accroissement entre cohéritiers** II, 358-545.
— entre colégataires II, 591-596.
- Acquisition de la possession** I, 519-552.
— de la propriété I, 539-417.
— de la puissance paternelle II, 221-252.
— de l'hérédité II, 274.
— des fruits I, 575-578, 417.
— des servitudes I, 488-493.
— du legs II, 576-577, 596-403.
- Actio de in rem verso** II, 105, 204, 245.
— de moribus II, 193.
— de partu agnoscendo II, 187.
— de pauperie II, 124-126.
— de peculio II, 204-245.
— de tigno juncto I, 414-415; II, 128.
— dotis II, 177-178, 181-183.
— ex stipulatu II, 76.
— finium regundorum II, 115-116.
- Actio funeraria** II, 149-150.
— furti II, 127-128.
— injuriarum II, 157-158.
— judicati II, 542-543.
- Actio** II, p. 451-452.
— ad exhibendum II, 146-148.
— Aquilienne II, 151-153.
— confessoire I, 521-524.
- Actiones adjectitiae qualitatis** II, 44-45.
- Action exercitoire** II, 44.
— hypothécaire I, 576-580.
— institoire et quasi-institoire II, 44, 45.
— négatoire I, 454-457, 521.
— Paulienne, I, 809-812.
— Publicienne I, 457-441, 524-525, 532.
— Quod jussu II, 44.
— Rutilienne II, 535.
- Actions** II, 429-360.
— arbitraires II, 458-459.
— civiles et honoraires II, 452.
— de bonne foi et de droit strict II, 457-458.
— directes, II, 452.
— en partage II, 112-116, 565-564.
— Servienne II, 535.
— Servienne et quasi-Servienne I, 539, 576-580.
— fictives II, 455.

Actions in factum II, 433.
 — noxales II, 124-126.
 — petitoires et possessoires II, 436-437.
 — préjudicielles II, 437.
 — réelles et personnelles II, 434-435.
 — répressécutives, pénales et mixtes II, 433-436.
 — simples et doubles ou mixtes II, 441.
 — tributaire II, 44-43.
 — utiles II, 432-433.
 Actio rei uxoriæ II, 176-177.
 — vi bonorum raptorum II, 150-151.
 Affranchis II, 210-215.
 Affranchissement II, 206-209.
 Agnats I, 189-191.
 Album iudicum II, 470-472.
 Alienatio deducta servitute I, 331.
 Alliance I, 191-192.
 Anatocisme I, 398-399.
 Appel II, 358-341.
 Appréhension I, 321-322.
 Arbitri II, 469 et 470.
 Arbitrium liti æstimandæ II, 349.
 Arrhes, I, 800-802.
 Assessors II, 473-474, 484.
 Assignatio libertorum II, 211.
 Assignation en justice II, 313-316.
 Association d'un tiers par un associé II, 28-29.
 Auctorati II, 219-220.
 Auditorium principis I, 21 ; II, 474.
 Authenticum I, 138.
 Autorisation du tuteur I, 228, 239-261.
 Avocats II, 473-476, 486-487.

 Barbares I, 170-171.
 Basiliques I, 161-164.
 Bénéfice d'abstention II, 337-338.
 — de cession d'actions I, 270, 431, 374, 376, 610, 633.
 — de compétence I, 661-662.
 — de dation en paiement I, 660.
 — de délibérer II, 347-348.
 — de division I, 269-270, 632-633.
 — de séparation des patrimoines II, 338, 333-334, 338.

Bénéfice d'inventaire II, 331-333.
 — d'ordre ou de discussion I, 269, 343-344, 377, 632.
 Beneficium novorum II, 340.
 Bibliographie I, 40-48.
 Biens paraphernaux II, 171.
 Bonne foi I, 319, 401-403.
 Bonorum possessio II, 237-263.
 — Carboniana II, 187-188.
 — contra tabulas II, 317-319.
 — cum re, sine re II, 260-261.
 — edictalis, decretalis II, 349.
 — intestati II, 279-282.
 — secundum tabulas II, 310.
 — unde vir et uxor II, 282, 293.
 — ventris nomine II, 188.
 Bonorum sectio I, 363-364.
 — venditio II, 348, 352-354.
 Bornage II, 109, 113-116.
 Bréviaire d'Alarie I, 143-144.

 Caducorum vindicatio II, 339-340.
 Capacité de contracter I, 726-728.
 — de recevoir de l'enfant illégitime II, 264-263.
 — d'ester en justice II, 311-312.
 — de tester II, 296-299.
 — d'hériter II, 263-269.
 — juridique I, 171-174.
 Cas fortuit I, 671-672.
 Cause probatio II, 222.
 Cause dans les obligations I, 726.
 Cautio damni infecti II, 141-143.
 — iudicatum solvi II, 313.
 — iudicio sisti II, 313, 313, 316.
 — legatorum servandorum causa II, 399.
 Cautions Mucienne II, 304.
 Cautio ratam rem dominum habiturum II, 313.
 — rem pupilli salvam fore I, 248.
 — usufructuaria I, 305-306.
 Célébration du mariage II, 139.
 Célibataires II, 266-267.
 Centumvirs II, 468 et 469.

Cession de biens II, 556-557.
 — de créances I, 614-624.
 — en justice I, 554-555.
 Cessions nécessaires I, 617-618.
 Cheptel II, 19-21.
 Chirographa I, 819-820, 826.
 Chirographe de mutuo I, 827; II, 79-80.
 Chose jugée II, 542-545.
 Choses I, 285-286.
 — accessoires I, 502-503.
 — composées I, 501-502.
 — consommables I, 296-297.
 — fongibles I, 295-296.
 — hors du commerce I, 287-292.
 — hors du patrimoine I, 292-294.
 — indivisibles I, 500-501.
 — litigieuses II, 522.
 — volées I, 592-595.
 Cité I, 170-172.
 Clause codicillaire II, 584-585.
 — pénale I, 797-800.
 Code de Justinien I, 6-7, 147-148, 156-157.
 — Grégorien I, 136.
 — Hermogénien I, 156-157.
 — Théodosien I, 157-140.
 Codicilles II, 582-585.
 Codification du droit romain I, 155-164.
 Collatio Mosaicarum et Romanarum legum I, 3-4, 120.
 Collèges I, 220-222.
 Colonat II, 214-215.
 Commodat II, 82-84.
 Commodum I, 504, 682.
 Communauté accidentelle II, 108-116, 554-555.
 Communauté entre époux II, 167.
 Communes I, 219-220.
 Compensation I, 707-715.
 Compétence II, 490-499.
 Compromis II, 62-64.
 Compte de tutelle I, 267-270.
 Concordat I, 660-661.
 Concoeurs d'actions II, 455-456.
 — de causes lucratives II, 589.
 — de compétence II, 498-499.

Concoeurs de créanciers II, 551-558.
 Concubinat II, 134.
 Condictio II, 438, 501, 502, 505.
 — furtiva II, 128.
 Conditiones sine causa II, 105-108.
 Condition résolutoire tacite I, 774-775, cbn. avec I, 466, 469 et II, 16-17.
 Conditions I, 758-744.
 — impossibles I, 751-752, 755-754, 759; II, 503.
 — potestatives I, 729, 759; II, 500-501.
 Confection du legs II, 577-586.
 — du testament II, 509-515.
 Confirmation des conventions I, 765-764.
 Confusion I, 722-724.
 Confusion ou commixtion I, 415-417.
 Connubium II, 135-136.
 Conseil II, 56-57.
 Consentement I, 754-758.
 Consentement au mariage II, 159-160.
 Consentement de tiers au mariage II, 160.
 Consignation I, 664-665.
 Consistorium principis I, 21; II, 474, 484.
 Constitut I, 805-805.
 — de la dette d'autrui I, 655.
 — possessoire I, 527-528.
 Constitution Antonine I, 172.
 Constitution de la dot II, 171-175.
 Constitutions impériales I, 19-25, 80-92.
 Consultatio (principis) II, 559, 559-560.
 Consultatio veteris jurisconsulti I, 3 et 151.
 Contrainte par corps II, 546-548, 550, 551, 556-557.
 Contrat de gage II, 89-91.
 — de rente II, 61.
 — emphytéotique II, 47.
 — extintatoire II, 95-94.
 Contrats I, 827-828, 829.
 — consensuels I, 820-821; II, 1-47.
 — littéraux I, 817-820, 826-828.
 — innommés I, 822-825.
 — per aes et libram I, 815-814, 821-825.
 — réels I, 821-825; II, 77-99.
 — verbaux I, 814-817, 825-826.
 Contubernium II, 154-155, 205.
 Contumace II, 516-519.

Convention relative à des jeux ou paris II, 73-74.

Convention relative à un serment extrajudiciaire II, 64-66.

Conventions I, 723-850; II, 1-99.

— à titre onéreux et à titre gratuit I, 829-850.

— bilatérales et unilatérales I, 772-775, 850.

— commutatives et aléatoires I, 829-850; II, 73-74.

— de bonne foi et de droit strict I, 390-392, 850.

— matrimoniales II, 167-169.

— principales et accessoires I, 392-395, 852.

Convol II, 162, 197-199.

Copossession I, 520.

Copropriété I, 430-432.

Corporations I, 220-222.

Corpus juris I, 5-6, 146-161.

Corpus juris romani antejustiniani I, 3.

Coutumes I, 23-25.

Cretio II, 344-345.

Curatelle I, 223-229, 278-284.

Damnum injuria datum II, 131-133, 138-140.

Date de l'hypothèque I, 553-553, 553, 556, 557, 557-560, 567-568.

Décemvirs II, 467-468.

Déconfiture II, 331-338.

Decretum divi Marci II, 430-431.

Deditit I, 170-172; II, 211, 297.

Défaut II, 316-319.

Défense d'aliéner I, 432-433.

— de revendiquer I, 437.

Défenseurs II, 478, 481-482.

Dégradation civique I, 208-202.

Délation de l'hérédité II, 270-273.

Délégation de la juridiction II, 461.

Délits II, 120-138.

Demandes reconventionnelles I, 713; II, 496-497.

Demeure I, 689-699.

Dénonciation du nouvel œuvre II, 143-146.

Déposition en justice II, 150.

Dépôt II, 83-89.

— irrégulier II, 88-89.

— nécessaire II, 86-87, 116-117.

Destitution du tuteur I, 263-266.

Dettes de jeu II, 73-74.

Dettes des enfants sous puissance II, 241-243.

Dies legati cedens — veniens II, 373-376.

Digeste I, 23-26.

Digeste de Justinien I, 6-7, 148-154.

Diminution de tête I, 202-207.

Dissolution du mariage II, 193-199.

Distractio bonorum II, 333-334.

Division des Cours I, 1-5.

Divorcée II, 193-196.

Dol dans les conventions I, 731-737.

— dans l'exécution des obligations I, 669.

Domicile I, 196-199.

Domage illicite II, 151-153, 158-140.

Domages et intérêts I, 678-681.

Dos receptitia II, 176.

Dot II, 170-183.

Dotis dietio I, 816, 823; II, 172.

Dot profectice et adventice II, 170.

Donation à cause de mariage II, 183-186.

— à cause de mort II, 420-423.

— de tous les biens II, 33-36.

— modale II, 37.

— rémunératoire II, 36-37.

Donations II, 48-61.

— entre époux II, 168-170.

Droit I, 7-14.

— civil et droit des gens I, 28-31.

— d'action I, 33-34; II, 431-432.

— de rétention II, 431.

— de rétention du créancier hypothécaire I, 366-367.

— divin I, 27.

— écrit I, 14-16, 17-23.

— héréditaire I, 33; II, 233-428.

— naturel I, 29 et 31.

— non écrit I, 14-13, 16-17, 23-23.

- Droit objectif I, 12-15.
 — personnel et territorial I, 142-145.
 — privé I, 26, 27-28.
 — public I, 26-27.
 Droits à cause de mort I, 35; II, 235-428.
 — de puissance et de famille I, 35; II, 155-232.
 — d'état et de capacité I, 35.
 — du mari et de la femme sur la dot II, 175-176.
 — du père de famille II, 235-241.
 — et devoirs des époux II, 165-166.
 — entre parents et enfants légitimes II, 190-192.
 — patrimoniaux I, 55.
 — personnels I, 55.
 — réels et de créances I, 51-54.
 Duplicité de personnes I, 166-167.
 — des actions I, 557-559; II, 113, 442.

Eaux I, 288, 446-448.

Echange II, 91-95.

École historique I, 8.

Ecoles de droit I, 126-129.

Écriture dans les conventions I, 754-755, 827.

Edictum successorium II, 282.

Édits des magistrats I, 17-19, 67-73.

Ejuratio II, 536.

Émancipation II, 245-246, 247.

Emblemata Triboniani I, 152.

Empêchements de mariage II, 161-163.

Emphytéose I, 439-466.

Entio spei et rei speratæ II, 3-4.

Enfance I, 177, 179.

Enfant conçu I, 167-168.

— illégitime I, 184-187; II, 231-232, 264-265, 292.

— non viable I, 169.

Enrichissement injuste II, 105-108.

Enseignement du droit romain I, 125-129.

Enterrement II, 149-150.

Epitome Juliani I, 122 et 138.

Erreur I, 747-751.

Erroris causæ probatio II, 222-225.

Eslavage II, 200-216.

Eslaves I, 163-166, 170.

Escompte I, 599-601.

Estimation de la dot II, 172, 179-180.

Etablissements d'utilité publique I, 222-224.

État I, 217-219.

Étrangers I, 170-172; II, 297.

Éviction I, 776-778.

Ἐξάβηλος I, 163.

Exceptio II, 508-509.

Exception de chose jugée II, 545-548.

Exceptio non adimpleti contractus I, 772-774.

— non numeratæ pecuniæ I, 827; II, 79-80.

Exceptions II, 525-526.

Exceptio rei venditæ et traditæ I, 450-451.

Exeuses de tutelle I, 259-246.

Exécuteurs testamentaires II, 555.

Exécution II, 546-558.

Exhérédation II, 514-551.

Exhibition II, 146-148.

Existence humaine I, 167-169.

Existimatio I, 200.

Extinction de la puissance paternelle II, 244-247.

— de l'hypothèque I, 580-582.

— des actions II, 448-456.

— des obligations I, 700-724.

— des servitudes I, 523-535.

Faillite II, 531-538.

Famille I, 175-174.

Faute I, 669-671.

Femmes I, 173-176.

Fiançailles II, 137-138.

Fiction Cornélienne II, 299.

Fidécommis II, 569, 572.

Fidécommis de famille II, 419.

Fideicommissum ejus quod superfuturum est II, 419.

Fidécommis universel II, 569, 415-418.

Fidējussio I, 629-654.

Fiducie I, 554-556, 815-814.

Fise **I**, 217-219.
 Fenus nauticum **II**, 82.
 Fonds italiques et fonds provinciaux **I**, 298-299.
 Forme du legs **II**, 582-583.
 — du testament **II**, 509-513.
 Formules **II**, 503-509.
 Fragmentum de jure fisci **I**, 3 et 117.
 Fragmentum Vindobonense **I**, 116.
 Frais funéraires **II**, 149-150, 537.
 — judiciaires **II**, 514.
 Fruits **I**, 505-504.

 Gage **I**, 537, 540, 570.
 Gaius **I**, 110-112.
 Garantie de la dot **II**, 172-173.
 — du chef des vices **I**, 784-793.
 — du chef d'éviction **I**, 776-785.
 Garanties de la femme mariée **II**, 182-185.
 Gestion d'affaires **II**, 100-103.
 Gloses sur les Basiliques **I**, 165.

 Habitation **I**, 510-511.
 Harménopoul **I**, 163.
 Hérité **II**, 253-367.
 — légitime **II**, 274-294.
 — testamentaire **II**, 294-535.
 Hérétiques **I**, 193-196.
 Héritiers nécessaires **II**, 537-538.
 Hermaphrodites **I**, 176-177.
 Histoire du droit romain **I**, 1-2.
 Historique de la compétence **II**, 490-492.
 — de la dot **II**, 176-178.
 — de la procédure **II**, 500-509.
 — de la propriété **I**, 532-539.
 — de la succession ab intestat **II**, 277-287.
 — de la succession nécessaire **II**, 514-550.
 — de l'exécution **II**, 546-550.
 — de l'hypothèque **I**, 534-540.
 — de l'organisation judiciaire **II**, 462-479.
 — de l'usucapion **I**, 580-588.
 — des conventions **I**, 815-827.

Historique des donations **II**, 48-52.
 — des interdits **I**, 532-554.
 — des pécules **II**, 257-259.
 — des testaments **II**, 509-510.
 — du mariage **II**, 135-136.
 Honneur civil **I**, 200.
 Hypothèque **I**, 534-582.
 — conventionnelle **I**, 531-533.
 — d'une créance **I**, 547-548.
 — d'une hypothèque **I**, 548-549.
 — d'un ensemble **I**, 549-551.
 — d'une servitude **I**, 543-546.
 — générale **I**, 530-531.
 — judiciaire **I**, 555-557.
 — légale **I**, 537-560.
 — testamentaire **I**, 553.

 Impenses **I**, 504.
 Imperium **II**, 460-461.
 Impubères **I**, 177-178, 179.
 Impuissance **I**, 182.
 Imputation des paiements **I**, 667-668.
 Inaliénabilité **I**, 452-455.
 — des choses litigieuses **II**, 322.
 — des immeubles dotaux **II**, 174-175.
 — des servitudes **I**, 473-475, 505, 510, 511, 512.
 Incapacité de l'aliéné **I**, 280.
 — de l'impubère **I**, 257-259.
 — des infirmes **I**, 282-283.
 — du faible d'esprit **I**, 285.
 — du mineur **I**, 278-279.
 — du prodigue **I**, 282.
 Incompétence **II**, 499.
 Index florentinus **I**, 130.
 In diem addictio **II**, 68-69.
 Indignité **II**, 269-270.
 Indivisibilité **I**, 500-501.
 — de l'hypothèque **I**, 542-544.
 — des servitudes **I**, 476-478.

 Indivision **II**, 109.
 Infamie **I**, 208-212.
 Infantia proximi et pubertati proximi **I**, 179-180.
 Infirmité du legs **II**, 587-596.

- Infirmation du testament, II, 331-334.
 Influence du christianisme sur le droit romain I, 85-92.
 Injure II, 135-138.
 Institutes I, 23.
 — de Gaius I, 111-112.
 — de Justinien I, 2-3, 6-7.
 — de Théophile I, 121-122.
 Institution d'héritier II, 299-304.
 Intercession I, 624-636.
 Interdictum possessorium II, 333.
 Interdit demolitorium II, 144-146.
 — ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit II, 354.
 Interdit Quod legatorum II, 400.
 — Quod vi aut clam II, 143-144.
 — Quorum honorum II, 362-363.
 — Salvien I, 373-376.
 — sectorium I, 363-364.
 Interdits I, 332-354, II, 440.
 — adipiscendæ possessionis, I, 334.
 — exhibitoires II, 147.
 — possessoires I, 334-340.
 — quasi-possessoires I, 340-342.
 Intérêts I, 593-601.
 — légaux I, 594-595.
 — moratoires I, 696-697.
 Interprétation des conventions I, 767-769.
 Interruption de l'usucapion I, 396-399.
 Inventaire du tuteur I, 249.

Jeux II, 73-74.
Judices II, 469-470.
 — clarissimi, spectabiles, illustres II, 479-480.
 — minores, medii, majores II, 479-480.
 — ordinarii II, 479.
 — sacri II, 480.
Judicia extraordinaria II, 476-478.
 — legitima et quæ imperio continentur II, 440-441.
 — ordinaria II, 462-464, 476-478.
Judicis arbitrive postulatio II, 301, 502-503.
Judicium rescindens et rescissorum II, 448.

Jugement II, 356-358.
Juges II, 467-473.
 — pédanès II, 470, 480-481, 483.
 — privés II, 468-473.
Juifs I, 193-196.
Julien (de Byzance) I, 122.
 — (Salvius) I, 108.
Juramentum calumniæ II, 310.
 — manifestationis II, 336.
Juridiction II, 439-461.
 — administrative II, 489.
 — ecclésiastique II, 490.
 — militaire II, 489-490.
Jurisconsultes byzantins I, 121-122, 163.
 — officiels ou patronés I, 106-107.
 — romains I, 93-132.
Jurisdietio II, 439-461.
Jurisprudence I, 13-14.
Jus antiquum in eadueis II, 339.
 — aureorum annulorum II, 210.
 — capiundi II, 266-268.
 — civile Ælianum I, 96.
 — civile Flavianum I, 95-96.
 — civile Papirianum I, 87-88.
 — communium liberorum II, 267.
 — et judicium II, 463-464.
 — peculii II, 238-239.
 — pœnitendi I, 771-772.
 — postliminii I, 293-294.
 — respondendi I, 106-107.
Juste titre I, 373, 399-401.
Justinien I, 83-83, 146-147.
Jus trium vel quatuor liberorum I, 272 ; II, 283.

Labéon I, 100-101.
Latins I, 171.
Latins Juniens I, 171 ; II, 210-211, 222-223, 266-267, 297.
Legatum debiti II, 411, 412-413.
 — liberationis II, 411-412.
 — nominis II, 411.
Leges fenebres I, 596 et note 89.
Legis actiones II, 300-303, 346-348, 348-349, 352.
Légitimation II, 223-225.

Légitime II, 519-525, 528, 530-531.

Légitime défense II, 152.

Legs II, 568-419.

— alternatif II, 406.

— d'aliments II, 409.

— de droits réels II, 410.

— de la chose d'autrui II, 581-582.

— de quotité II, 569, 415, 413-418.

— de rente II, 408.

— de revenus II, 408-409.

— d'un corps certain II, 406.

— d'un ensemble II, 409.

— d'une quantité II, 407-409.

— d'un genre II, 407.

— d'usufruit II, 410.

— par préceptu II, 579.

— per damnationem II, 571.

— per præceptionem II, 570-571.

— per vindicationem II, 570-571.

— relatifs à des rapports obligatoires II; 411-415.

— sineendi modo II, 571-572, 598.

— universel II, 569, 415-418.

Lésion I, 795-796.

Libérale judicium II, 204-205.

Liberté I, 170.

Limitations de la propriété I, 442-437.

Litis contestatio II, 519-522.

Loi Aebutia II, 505-504.

— Aelia Sentia I, 171-172; II, 207-208, 210-211, 222-223.

— Anastasienne I, 622-624.

— Apuleia I, 629-630.

— Atulia I, 527.

— Atinia I, 592.

— Calpurnia II, 501.

— Cincia II, 48-51.

— Claudia I, 272-275.

— Cornelia de fidejussoribus I, 650.

— Cornelia de injuriis II, 137 note 21.

— de imperio Vespasiani I, 5, 19-20.

— des citations I, 125-125.

— des Douze tables I, 48-55, 59-62.

— Duilia Menna I, 596.

— Falcidia II, 401-405.

— Furia de sponsu I, 629-630.

Loi Furia testamentaria II, 400.

— Furia Caninia II, 208.

— Gabinia I, 596, note 89.

— Genucia I, 595.

— Julia de adulteriis I, 55; II, 184, 194.

— Julia de César ou d'Auguste II, 536.

— Julia de civitate I, 171.

— Julia de fundo dotali II, 174.

— Julia et Papia Poppæa I, 53, 62-67, 272; II, 160, 165, 171, 212, 266-268, 270, 295, 559-540, 592-593.

— Julia et Titia I, 258.

— Julia municipalis I, 5; II, 466-467.

— Julia repetundarum I, 592-593.

— Junia Norbana I, 171-172; II, 210-211, 266, 267-268, 297.

— Junia Velleia II, 515.

— Mamilia II, 113.

— Marcia I, 596 note 89.

— Petronia II, 202.

— Pinaria II, 468-469.

— Platoria I, 178, 278.

— Plautia I, 592.

— Poetelia Papiria I, 822; II, 219, 347, 532.

— Pompeia (?) I, 650.

— Publilia I, 629.

— Rhodia de jectu II, 117-120.

— Rubria I, 5; II, 466-467.

— Sempronia I, 596 note 89.

— Servilia repetundarum I, 5.

— Silia II, 501.

Lois Juliae de César I, 596, note 89.

— Juliae judiciaræ II, 504.

— parfaites, imparfaites, moins que parfaites I, 13-16.

— romaines des peuples germaniques I, 143-146.

— royales ou curiales I, 46-47, 53-59.

Loi Thoria I, 5.

— Tribunitia I, 47.

— Valeria I, 596 note 89.

— Valeria (?) II, 219, 347.

— Voconia II, 266, 400-401.

Louage II, 10-21.

- Louage de choses II, 11-17.
 — de services II, 17-19.
 — irrégulier II, 19-21.
- Magistrats** II, 464-467.
 — municipaux II, 481-482.
 — supérieurs et inférieurs II, 480-461.
- Maladies I, 181-185.
- Mancipation I, 535-534.
- Mancipium II, 216-220.
- Mandat II, 56-47.
 — général II, 58.
 — qualité I, 653-656; II, 57.
 — tacite II, 57-58.
- Manus II, 156, 248-230.
- Manus injectio II, 546-548.
- Mariage II, 135-199.
- Mariage civil et du droit des gens II, 135-156.
- Méthode suivie dans le cours I, 54-40.
- Mebles et immeubles I, 297-500.
- Mineurs I, 178-179.
- Mise en cause I, 610-611, 651.
- Missio in possessionem contumaciæ coercendæ enusa II, 517.
- Missio in possessionem legatorum servandorum causa II, 599.
- Mitoyenneté I, 431.
- Mode I, 746-747.
- Modes d'acquérir I, 561-564.
- Modestin I, 118-119.
- Monnaie I, 639.
- Monstres I, 169.
- Mort I, 200-201.
- Mortis causa capiones II, 424.
- Mutuum II, 77-82.
- Natalium restitutio** II, 210.
- Nexum I, 815-814, 821-822; II, 218-219.
- Nomina arcaria I, 819, 826-827.
- Nominatores I, 271.
- Nomina transcriptitia I, 817-819, 826.
- Notaires II, 487-488.
- Nouvel œuvre II, 145-146.
- Nova clausula Juliani II, 280-281.
- Novation I, 716-722.
- Novelle 18 II, 520.
 — 115 II, 526-528.
 — 118 II, 288-291.
 — 127 II, 289-290.
- Novelles de Justinien I, 6-7, 138-139.
 — Théodosiennes I, 140-141.
- Nullité du mariage II, 164-165.
- Nullité et rescision des conventions I, 762-763.
- Objet des conventions** I, 728-754.
- Objets abandonnés I, 295, 544-545.
 — perdus I, 545, 546.
- Obligation alimentaire II, 190-191.
- Obligations I, 31-52, 583-850; II, 4-52.
 — accessoires I, 592-595.
 — alternatives I, 641-646.
 — civiles et naturelles I, 383-390.
 — de bonne foi et de droit strict I, 590-592.
 — de donner et de faire I, 657-658.
 — divisibles et indivisibles I, 646-654.
 — d'un corps certain et génériques I, 658-660.
 — facultatives I, 640-641.
 — légales II, 140-152.
 — privilégiées I, 601-605.
- Occupation I, 522-525, 564-566.
- Officiers des magistrats II, 474-475, 483.
- Offres I, 754, 755-756.
- Operæ officiales II, 211-212.
- Orbi II, 266-267.
- Ordo judiciorum privatorum II, 462-464.
- Organisation judiciaire II, 439-490.
- Ouverture de l'hérédité II, 270-275.
 — du legs II, 575-576.
 — du testament II, 554-555.
- Pacte commissoire** II, 69-70.
- Pacte commissoire en matière d'hypothèque I, 565-564.
- Pacte de rachat ou de réméré II, 70-71.
- Pactes I, 820, 821, 827-829.
 — accessoires II, 67-72.

Pactes reservati domini vel reservati hypothecæ II, 72.
 — simples II, 73-74.
 — successores II, 272.
 Pactum de nou alienando I, 432, 434-435; II, 72.
 — de nou petendo I, 703-707.
 — de quota litis II, 487.
 — displicentiae II, 71-72.
 — protimeseos II, 71.
 Pandectes I, 25-26.
 — de Justinien I, 6-7, 148-134.
 — florentines I, 135-134.
 Papien (le) I, 143.
 Papinien I, 113-114.
 Paraphrase de Théophile I, 121-122.
 Parenté I, 183-191.
 Paris II, 74.
 Partage II, 109-116.
 Parts sociales II, 25-24.
 Paternité légitime II, 186-190.
 Pater solitarius II, 266 et 267.
 Patrie I, 197-198, 199.
 Patronat II, 210-213.
 Paul I, 116-117.
 Paiement I, 633-668.
 Péceules des enfants sous puissance II, 237-241.
 Pecunia trajectitia II, 82.
 Peines des plaideurs téméraires II, 310-311.
 Pérégrins I, 170-172, 227.
 Péremption d'instance II, 436-438.
 Personnes I, 163-167.
 — juridiques I, 215-224.
 Perte de la possession I, 342-350.
 — de la propriété I, 437-438.
 Pertes et avaries maritimes II, 117-120.
 Pétition d'hérédité II, 359-361.
 Pia corpora I, 222-224.
 Pignoris capio II, 348-349.
 Pignus in causa iudicati captum I, 356-357.
 — prætorium I, 353-356.
 Plus petitio II, 310-311.
 Pollicitations II, 131-132.
 Pomponius I, 109.

Pontifes I, 94-96; II, 467.
 Possessio corporis et possessio juris I, 316-317.
 Possession I, 307-330.
 — civile et naturelle I, 313-316.
 — de bonne et de mauvaise foi I, 319.
 — dérivée I, 309-310.
 — d'état d'enfant légitime II, 190.
 — d'un homme libre II, 213-216.
 — fictive I, 425-424.
 — juridique et simple détention I, 307-310, 314-313.
 — juste et injuste I, 317-318.
 Posthumes II, 263-266, 313-316.
 Postulatores I, 271.
 Potioris nominatio I, 242 et 271.
 Prædia rustica et urbana I, 298.
 Præscriptio II, 308.
 — longissimi temporis I, 388.
 — longi temporis I, 385-387.
 Précaire II, 94-96.
 Prælegs II, 379.
 Prescription de l'action hypothécaire I, 378.
 — de la litispendance II, 432, 437 et 438.
 — extinctive II, 449-434.
 Présomption de survie I, 201.
 Prêt à la grosse II, 82.
 — à usage II, 82-84.
 — de consommation II, 77-82.
 Preuve II, 326-336.
 — de la paternité légitime II, 189-190.
 — du paiement I, 666-667.
 — du testament II, 354.
 Privilèges I, 368-370.
 Procédure II, 300-360.
 — à deux instances II, 462-464, 476-478.
 — extra ordinem II, 476-478.
 — formulaire II, 303-309.
 — orale II, 314-339.
 — par contumace II, 316-319.
 — par rescrit II, 339-360.
 — sommaire II, 338.
 Procédures spéciales II, 338-360.

- Procès civils et honoraires II, 440-441.
 Procurator ad litem II, 512-513.
 Prorogation de juridiction II, 461, 497-498.
 Proscriptio honorum II, 533.
 Protuteur I, 263-264.
 Proculéens et Sabinien I, 105-106.
 Profession I, 195-196.
 Promesse de donner II, 34.
 — de doter II, 173.
 — de la chose d'autrui I, 750.
 — du fait d'un tiers I, 806-807.
 Promissio jurata liberti I, 816-817, 823; II, 211.
 Propriété I, 351-438.
 — civile et naturelle I, 332-339.
 — révocable I, 433-437.
 Provocationes II, 509.
 Πρόχειρος νόμος I, 162.
 Publicité des débats judiciaires II, 514.
 Puissance dominicale II, 200-216.
 — paternelle II, 220-247.
- Quarte Antonine** II, 229, 550-551.
 — de la veuve pauvre et non dotée II, 292-293, 531.
 — Falcidie II, 400-403.
- Quasi-contrats II, 99-120.
 — délits II, 158-140.
 — possession I, 516-517, 550-552, 540-542.
 — tradition I, 550-551, 488-492.
 — usufruit I, 515-513.
- Querela inofficiosa donationis II, 523, 523.
 — inofficiosi testamenti II, 523, 524-525, 528.
 — nullitatis ex jure antiquo II, 517.
 — nullitatis ex jure novo II, 527.
- Quinque pedes I, 592.
- Rang des créanciers hypothécaires** I, 567-570.
 Rapine II, 150-151.
 Rapport entre cohéritiers II, 533-538.
- Recel II, 129-130.
 Receptum nautæ, cauponis et stabularii II, 116-117.
 Reconduction tacite II, p. 15-16.
 Reconnaissance de dette I, 803-805.
 — d'enfants illégitimes II, 231-232.
 Recuperatores II, 469 et 470.
 Réduction des donations entre vifs II, 525.
 Régime dotal II, 170-186.
 Régimes de biens entre époux II, 167-168, 170-186.
- Registres de naissance II, 189-190.
 Règle Catonienne II, 583-586.
 Relatio (ad principem) II, 559, 559-560.
 Religion I, 193-196.
 Remedium ex lege ultima C. de edicto divi Hadr. toll. 6, 55, II, 563.
 Remise de la dette I, 702-707.
 Remploi de la dot II, 175-174, 179.
 Renonciation à l'hérédité II, 556-557.
 Réparation du dommage causé II, 151-153, 158-140.
- Répétition de l'incû II, 105-108.
 Représentants des plaideurs II, 512-513.
 Représentation dans les contrats I, 508-509; II, 42.
 — du défunt par l'héritier II, 530-531.
 — prétendue d'un successeur prédécédé II, 273-276.
- Réserve II, 519-523, 528, 550-551.
 Res mancipi et nec mancipi I, 204-205.
 Responsabilité du débiteur I, 672-678.
 — du possesseur de la chose d'autrui I, 426-429.
- Restitution de la dot II, 176-183.
 Restitution en entier II, 441-448.
 Restitution en entier contre un jugement II, 541.
 Retractatio (sententiæ) II, 540-541.
 Revendication I, 419-453.
 Révision du jugement II, 540-541.
 Révocation du legs II, 587-588.
 — du testament II, 551-553.
- Risques et périls dans les obligations I, 677, 682-688.
 Rivage, rive I, 288-289.

- Sabinus** (Massurius) **I**, 101.
Sacramentum **II**, 301, 302-303.
Saisie **II**, 330-331.
Scævola (famille) **I**, 97, 98-99, 113.
Scolies sur les Basiliques **I**, 163.
Secondes noccs **II**, 197-199.
Sénatus-consulte **Claudian** **II**, 200-201.
 — dit **Juventien** **II**, 360-361.
 — **Libonien** **II**, 301.
 — **Mædonien** **II**, 341-343.
 — **Néronien**.
 — **Orphitien** **II**, 283.
 — **Pégasien** **II**, 222, 414-413.
 — **Planeien** **II**, 188-189.
Sénatus-consultes **I**, 76-80.
Sénatus-consulte **Tertullien** **II**, 284-283.
 — **Trébellien** **II**, 414-413.
 — **Velléien** **I**, 623-628.
Séparation des patrimoines **II**, 338.
Séquestre **II**, 87-88.
Serment **Extrajudiciaire** **II**, 64-66, 333.
 — **promissoire** **I**, 803.
Services d'esclaves ou d'animaux **I**, 312.
Servitudes **I**, 470-333.
 — **affirmatives et négatives** **I**, 487.
 — **apparentes et non apparentes** **I**, 487.
 — **continues et discontinues** **I**, 484, 483, 487-488.
 — **dites légales** **I**, 443-450, 494-493.
 — **personnelles** **I**, 478.
 — **réelles ou prédiales** **I**, 478-482, 316-321.
 — **testamentaires** **I**, 493.
 — **urbaines et rurales** **I**, 482-486, 318-321.
Simulation **I**, 761.
Société **II**, 21-33.
 — **d'acquêts** **II**, 23.
Sociétés publiques **I**, 221; **II**, 26, 32.
Société universelle **II**, 24-23.
Solidarité **I**, 604-613.
 — **des tuteurs** **I**, 269-270.
 — **légale** **I**, 608.
Sources de la connaissance du droit romain **I**, 3-7.
Spécification **I**, 367-371.
Statuliberi **II**, 207.
Stipulation **I**, 814-816, 823-826; **II**, 73-76.
 — **au profit d'un tiers** **I**, 807.
 — **pénale** **I**, 797-800.
Subhastatio **I**, 363-364.
Subrogation **I**, 372-374.
Substitutions **II**, 304-309.
 — **fidéicommissaires** **II**, 418-419.
Successeurs irréguliers **II**, 291-293.
Succession à l'affranchi **II**, 212-213.
 — **à titre universel** **I**, 362; **II**, 233-234.
 — **de l'enfant illégitime à ses parents** **II**, 292.
 — **entre époux** **II**, 292-293.
 — **nécessaire** **II**, 314-331.
Successio ordinum et graduum **II**, 273, 278-279, 282, 286.
Superficie **I**, 467-469.
Sursis de paiements **I**, 664.
Suspension de la prescription.
 — **de l'usucapion** **I**, 391-392.
Syngraphæ **I**, 819-820, 826.
Synopsis Basilicarum **I**, 163.
Tabellions **II**, 487-488.
Tabulaires **II**, 488.
Taux des intérêts **I**, 396-398.
Témoignage judiciaire **II**, 130.
Terme **I**, 744-746.
Testament **II**, 293-333.
Testamenti factio **II**, 296.
 — **per æs et libram** **II**, 309-310.
Testaments infirmes **II**, 331-334.
 — **militaires** **II**, 426-428.
Testamentum septem signis signatum **II**, 310.
Théodora **I**, 84.
Théophile **I**, 121-122.
Tombeau **I**, 289-291.
Tradition **I**, 323-324, 371-378.
Traditio brevi manu **I**, 324.
 — **longa manu** **I**, 323.
Transaction **II**, 96-99.
Translation du legs **II**, 388.
Transmission des actions **II**, 434-433.

Trésor I, 563-566 chn. avec 543.

Tribonien I, 85-88.

Tutelle I, 225-277.

— dative I, 257-259.

— des femmes I, 272-277.

— fiduciaire I, 255-257, 273.

— légitime I, 234-257.

— officieuse II, 252.

— testamentaire I, 251-254.

Tuteurs gérants, honoraires, instructeurs I, 247-248.

Ulpien I, 113-116.

Universitates I, 501-502.

Usage I, 508-510.

Usucapion I, 379-403.

— des servitudes I, 495-498.

— extraordinaire I, 405-408.

— immémoriale I, 498.

— ordinaire I, 389-403.

— pro herede I, 382-384, 399-400.

— pro suo I, 400.

Usufruit I, 499-508.

— légal I, 494-495.

Usufruit légal du père de famille II, 239-241.

Usure I, 596-597.

Usureceptio I, 584-585.

Usurpation de la possession I, 525-526.

Vaticana fragmenta I, 3, 120-121.

Vente II, 1-9.

— avec indication de la contenance I, 787-788.

— de la chose d'autrui I, 750.

— d'une chose hypothéquée I, 563-566.

— d'une hérédité II, 563-567.

Viabilité I, 169.

Vieillesse I, 180.

Vindictio in libertatem — in servitutum II, 204-205.

Violence I, 757-761.

Voconiana ratio II, 266, 278, 286.

Vœu II, 131.

Voies de droit extraordinaires contre un jugement II, 541.

Vol II, 126-150.

Vulgate I, 154.





